

LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Cardenal Herrera - CEU*

tirant lo blanch

Valencia, 2002

Copyright © 2002

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

© GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: V - 4785 - 2001
I.S.B.N.: 84 - 8442 - 454 - 5
IMPRIME: GUADA LITOGRAFIA, S.L. - PMc

«Un ama de casa sensata, cuando la comida está socarrada o la sopa demasiado salada,..., actúa de acuerdo con la sentencia de Ulpiano...: *Utile per inutile non vitiatur*, ... En vez de entregarse al rígido dogma de la nulidad destruyendo la comida y tirando la sopa, el ama de casa sensata es aficionada, antes bien, a limitar el daño y las consecuencias del defecto enriqueciendo la sopa con ingredientes correctores del sabor que tapen el gusto a asalado, por ejemplo, mediante una mezcla de hierbas frescas picadas, de patata cruda rallada o de vinagre de manzana con azúcar, separando las partes socarradas de la comida de las no afectadas y, en caso necesario, continuando la cocción en otro recipiente, como yo sé por el popular libro de cocina *Der fliegende Pfannkuchen*... En fin, el ama de casa sensata sigue el ecotrofológico principio de conservación de la comida aun cuando la misma esté algo salada o socarrada, se pegue a la olla o la sartén o forme grumos; en resumen, aun cuando muestre algún defecto. Si el ama de casa además es sagaz, ponderará si la limitación del daño es defendible y soportable a la vista de un marido o de un compañero altamente susceptible o de unos invitados de gusto sensible. Así, en esta ponderación, y de acuerdo con el principio de concordancia práctica entre la conservación de lo cocinado y las sensibilidades de los invitados, señalará ciertos límites de aquel principio ecotrofológico. En el cálculo también incluirá el gasto en su aspecto temporal y material».

(HOPPE, Werner, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», *Abwägung im Recht*, Heymann, Köln, 1996, pp. 138 y 139)

ÍNDICE

Prólogo.....	19
Nota preliminar	27
Abreviaturas utilizadas.....	29

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO	35
2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	36
A) La perspectiva histórica	36
B) La perspectiva del Derecho comparado.....	36
C) La búsqueda del fundamento del régimen jurídico de la invalidez de los reglamentos	37
3. PLAN DE LA EXPOSICIÓN	39

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN ESPAÑA

1. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA EMISIÓN DE REGLAMENTOS ILEGALES	41
2. LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE REGLAMENTOS ILEGALES .	44
A) Inaplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios	45
a) Antecedentes en el Derecho de países extranjeros	46
b) Recepción de la doctrina extranjera	48
c) Legislación vigente	52
B) Inaplicación por la Jurisdicción contencioso-administrativa	56
a) Incompetencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa	57
b) El reconocimiento legislativo del llamado «recurso indirecto» contra reglamentos	60
c) La inaplicación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956	65
a') La reacción legislativa frente a una jurisprudencia censurable	65
b') Illegalidades determinantes de la inaplicación	66
a'') Jurisprudencia	70
b'') Tesis doctrinales	73
d) La inaplicación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998	76
3. LA ANULACIÓN JURISDICCIONAL DE REGLAMENTOS ILEGALES	78

A) Inexistencia de recursos contencioso-administrativos contra reglamentos	78
B) La aparición de recursos contencioso-administrativos contra reglamentos	81
C) La anulación jurisdiccional de reglamentos durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956	83
a) El recurso «directo»	83
b) La anulación del reglamento con ocasión de recursos interpuestos contra actos dictados a su amparo	84
a') Jurisprudencia	84
b') Doctrina	88
c) La revisión de oficio de reglamentos y la «acción de nulidad»	89
D) La anulación de reglamentos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998	93
4. LA NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES	95
A) El contenido del régimen jurídico de nulidad	95
B) La nulidad de los reglamentos ilegales en la legislación	99
a) Primeros pronunciamientos legislativos	99
b) Legislación vigente	103
C) La nulidad de los reglamentos ilegales en la doctrina	104
a) Tesis tradicional y mayoritaria	104
b) Tesis minoritaria	107
D) La nulidad de los reglamentos ilegales en la jurisprudencia	110
a) Reglamentos de contenido ilegal	110
b) Reglamentos aquejados de un vicio distinto del de contenido	111
a') La aplicación a los reglamentos de las reglas establecidas para los actos administrativos	111
b') Reglamentos viciados de incompetencia	114
c') Reglamentos elaborados con vicios de procedimiento	116
d') Reglamentos no publicados	125

III. LA QUIEBRA DEL DOGMA DE LA NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN EL DERECHO ALEMÁN

1. CONTENIDO DEL DOGMA DE LA NULIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS ILEGALES	127
2. ORIGEN DEL DOGMA DE LA NULIDAD	130
3. LAS QUIEBRAS DEL DOGMA DE LA NULIDAD	134
4. EL CONTEXTO DE LA QUIEBRA LEGISLATIVA DEL DOGMA DE LA NULIDAD	137
A) La revalorización del procedimiento administrativo	137
B) El fracaso del planeamiento urbanístico ante los Tribunales	140
C) La reacción del legislador	143
D) Las críticas a las reformas legislativas	145
5. LAS CORRECCIONES LEGISLATIVAS DEL DOGMA DE LA NULIDAD	147

A) La irrelevancia de la ilegalidad	147
a) Vicios irrelevantes	147
a') Vicios de procedimiento y forma absolutamente irrelevantes	148
b') Vicios del proceso de ponderación	149
a") <i>Excursus</i> : el mandato de ponderación	149
b") Vicios del proceso de ponderación que no han influido de manera evidente en el resultado de la ponderación	152
b) Consecuencias jurídicas de los vicios irrelevantes	153
B) La relevancia temporalmente limitada de ciertos vicios	156
a) Vicios temporalmente relevantes	156
a') Vicios de procedimiento y de forma	156
b') Vicios de la ponderación	157
b) Requisitos para que un vicio de procedimiento, de forma o de la ponderación deje de ser relevante por el transcurso del tiempo	160
c) Eficacia jurídica del plan aquejado de un vicio temporalmente relevante	160
d) La extensión de las soluciones ensayadas en el Derecho urbanístico a la legislación de los <i>Länder</i> sobre ordenanzas locales	164
C) La subsanación de los vicios de forma y procedimiento y el procedimiento complementario	166
a) La subsanación de los vicios de forma y de procedimiento	167
a') Concepto	167
b') La obligación de subsanar	168
c') Vicios subsanables	169
d') Repetición de los trámites viciados	169
e') Consecuencias jurídicas de la subsanación	171
b) El «procedimiento complementario»	173
6. LOS RESTOS DEL DOGMA DE LA NULIDAD. LOS VICIOS ABSOLUTAMENTE RELEVANTES	176
7. RECAPITULACIÓN	177

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS

1. EL REGLAMENTO COMO ACTO JURÍDICO	179
2. EL REGLAMENTO COMO ACTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	180
3. EL REGLAMENTO COMO NORMA JURÍDICA. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS NO NORMATIVOS	185
A) La denominación, la forma, el procedimiento de elaboración, la finalidad del acto y el carácter innovador del ordenamiento jurídico	185
B) El criterio del contenido del acto	187
a) Teoría de la generalidad	189
b) Teoría de la abstracción o no consunción	190
c) Teoría cuatripartita. Posición que se adopta	193

V. LA NOCIÓN DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1. LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ Y DE INVALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS	197
2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE CONCEPTOS AFINES	198
A) La ilegalidad del reglamento	198
B) La ineficacia del reglamento	200
C) La inexistencia del reglamento	201
3. EL OBJETO DEL QUE SE PREDICA LA VALIDEZ O LA INVALIDEZ	208

VI. EL FUNDAMENTO DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1. EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS ..	211
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	213
3. PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LOS QUE PUEDE FUNDAMENTARSE LA VALIDEZ DE UN REGLAMENTO ILEGAL	216
A) El principio de conservación	216
a) Contenido	216
b) Incidencia del principio de conservación sobre la validez de los reglamentos ilegales	218
B) El principio de seguridad jurídica	219
a) Contenido	219
b) La actual revalorización de la seguridad jurídica en sus aspectos de certidumbre y de estabilidad	222
c) Incidencia de la seguridad jurídica sobre la validez de las disposiciones reglamentarias	224
a') La apariencia de validez de los reglamentos	226
a") Noción	226
b") Apariencia de validez y presunción de validez de los reglamentos	227
c") La eficacia de las normas aparentemente válidas	231
d") Factores determinantes del grado de apariencia de validez de un reglamento	233
b') Perjuicios ocasionados a la seguridad jurídica por la invalidez de un reglamento aparentemente válido	237
a") Incertidumbre jurídica	237
b") La lesión de la confianza depositada en la aplicación del reglamento	238
c") El «vacío normativo»	242
C) El principio de proporcionalidad	243
a) Contenido	243
b) Incidencia del principio de proporcionalidad sobre la validez de los reglamentos ilegales	244

VII. LAS CAUSAS DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1. VICIOS DE CONTENIDO	247
2. VICIOS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD	247
A) Vicios de procedimiento y de forma	248
a) <i>Excursus</i> : la interpretación teleológica y sistemática de las normas de procedimiento y de forma	248
b) Los vicios de forma y de procedimiento y el principio de conservación	255
a') Infracciones de las normas de procedimiento y de forma que persiguen asegurar el acierto del reglamento	256
b') Vicios de la publicación	262
c') Infracciones de las normas reguladoras de trámites que ofrecen la posibilidad a ciertas personas de ser oídas en el procedimiento de elaboración del reglamento	264
c) Los vicios de procedimiento y el principio de proporcionalidad. La extemporaneidad del reglamento	267
B) Vicios de los motivos	272
C) Vicios de la voluntad	275
D) Desviación de poder	275
E) Vicios de incompetencia	277

VIII. LA EXTENSIÓN DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO

1. NOCIÓN DE INVALIDEZ PARCIAL DE UN REGLAMENTO	279
2. CAUSAS DE LA INVALIDEZ PARCIAL DE UN REGLAMENTO ...	280
A) Sólo una parte del contenido del reglamento se ve afectada por la ilegalidad	281
a) Vicios susceptibles de afectar a sólo una parte del contenido del reglamento	281
b) Vicios de una parte del contenido del reglamento provocados por la invalidez y eliminación de otras partes	283
c) El papel de la voluntad administrativa en la invalidez parcial de los reglamentos	284
a') La tesis subjetiva	285
b') La tesis objetiva	287
B) Existencia de principios jurídicos que justifican la validez de una parte del contenido del reglamento afectada por una ilegalidad ..	288

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1. LA INCIDENCIA DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO EN LA COMPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	291
---	-----

A) La «reviviscencia» de las normas derogadas por el reglamento inválido.....	292
a) Noción	292
b) La «reviviscencia» de las normas derogadas por un reglamento inválido en el Derecho español	292
a') Tesis doctrinales	292
b') Jurisprudencia	295
c') Posición que se adopta	298
B) Incidencia de la invalidez de un reglamento sobre las remisiones realizadas al mismo por otras normas jurídicas	301
2. INCIDENCIA DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO SOBRE LA VALIDEZ DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS NACIDAS EN APLICACIÓN DEL MISMO	304
A) Datos legislativos	304
B) Tesis doctrinales	305
C) Jurisprudencia	310
a) Tribunal Supremo	310
a') La comunicación de la invalidez del reglamento a las situaciones jurídicas nacidas en aplicación del mismo	310
b') Validez de las situaciones jurídicas creadas por actos administrativos firmes dictados al amparo del reglamento inválido	312
c') Validez de las situaciones jurídicas nacidas inmediatamente al amparo del reglamento inválido	315
b) Tribunal Constitucional	317
a') Jurisprudencia producida al resolver conflictos de competencias	317
b') Jurisprudencia producida al resolver cuestiones y recursos de inconstitucionalidad	318
c) Tribunal de Justicia de la Unión Europea	325
D) Posición que se adopta	332
a) La influencia recíproca existente entre la invalidez del reglamento y la de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo ..	332
a') El pretendido carácter <i>ex tunc</i> de la invalidez de los reglamentos	332
b') La pretendida independencia entre la invalidez de un reglamento y la de sus actos de aplicación	334
c') Validez parcial de un reglamento y validez de algunos actos dictados en aplicación del mismo	336
b) Principio de legalidad y validez de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación del reglamento inválido	339
c) Seguridad jurídica y validez de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación del reglamento inválido	346
a') La apariencia de validez de las situaciones nacidas al amparo del reglamento inválido	346
b') El contenido de las situaciones nacidas de la aplicación del reglamento inválido	351

3. TÉCNICAS QUE INSTRUMENTAN LA INEFICACIA DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS	352
A) La inaplicación del reglamento inválido	353
a) Concepto	353
b) Vicios determinantes de la inaplicación	354
c) Sujetos competentes para inaplicar	356
B) La anulación del reglamento inválido	371
a) Concepto	371
b) Justificación	373
c) Anulación jurisdiccional	376
a') La sujeción a plazo del recurso «directo» contra reglamentos	377
b') La cuestión de ilegalidad y los vicios de incompetencia, forma y procedimiento	381
c') La anulación de una porción del contenido del reglamento mayor que la impugnada	382
d') La determinación del alcance temporal de la anulación ..	391
d) Anulación administrativa	393

X. LA CONVALIDACIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

1. CONCEPTO	397
2. JUSTIFICACIÓN	398
3. LA SUBSANACIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS	399
A) Concepto	399
B) Fundamento	401
C) La obligación de subsanar	402
D) Vicios subsanables	403
a) Vicios de nulidad	403
b) Omisión de informes preceptivos	405
E) Límites temporales de la subsanación	406
a) Subsanación de un reglamento cuya anulación se pretende en un proceso pendiente	407
b) La subsanación de un reglamento ya anulado por sentencia firme	413
F) La retroactividad del reglamento subsanador	413
a) La retroactividad de las normas reglamentarias	413
b) La seguridad jurídica y la retroactividad del reglamento subsanador	417
a') Incidencia de la retroactividad del reglamento subsanador sobre la seguridad jurídica según el contenido del reglamento inválido	417
b') Incidencia de la retroactividad del reglamento subsanador sobre la seguridad jurídica según sea la apariencia de validez del reglamento inválido	418
a") La apariencia de validez del reglamento inválido según el tipo de vicio que sufre	418

b") La apariencia de validez del reglamento inválido según su situación en relación con un proceso en el que se discute su validez	420
c) El principio de justicia y la retroactividad del reglamento subsanador	425
G) El procedimiento de elaboración del reglamento subsanador	425
a) La conservación de los trámites válidos empleados en la elaboración del reglamento inválido	426
a') Noción	426
b') Fundamento	427
c') Trámites susceptibles de ser conservados	428
a") Trámites anteriores al omitido o ilegalmente realizado	428
b") Trámites posteriores al omitido o ilegalmente realizado	429
b) Realización de los trámites necesarios para otorgar validez al nuevo reglamento que no puedan ser tomados del procedimiento de elaboración del reglamento	432
4. LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS	432
A) Concepto	432
B) Delimitación respecto de figuras afines	433
a) La ratificación legislativa de un reglamento	434
b) La «convalidación legislativa por habilitación» de un reglamento	436
c) La declaración legislativa de validez de un reglamento válido	437
C) Tipos de convalidaciones legislativas	438
a) Directas e indirectas	438
b) Explicitas e implícitas	438
c) Categóricas y condicionadas	439
d) Totales y parciales	440
D) Justificación	440
E) Límites constitucionales	440
a) Excursus	440
a') Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del <i>Conseil constitutionnel</i> francés	441
b') Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	444
b) Constitucionalidad del contenido del reglamento	448
c) El principio de legalidad	448
d) La «reserva de jurisdicción» y el derecho a la tutela judicial efectiva	449
a') El caso de las convalidaciones categóricas	451
b') Convalidación de un reglamento que se halla <i>sub iudice</i>	452
c') Convalidación de un reglamento anulado mediante sentencia firme	453
e) Límites de la retroactividad de las convalidaciones legislativas	455
a') La retroactividad de las leyes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	455

b') Criterios determinantes de la conformidad con la Constitución de la retroactividad de las convalidaciones legislativas	459
f) La interdicción de la arbitrariedad	465
F) La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños producidos por la convalidación legislativa	469
5. LA CONVALIDACIÓN DE UN REGLAMENTO DEBIDA A LA NO IMPUGNACIÓN DEL MISMO DENTRO DE UN DETERMINADO PERIODO DE TIEMPO	471
A) Justificación	471
B) Vicios de nulidad y de anulabilidad de los reglamentos	473
a) Vicios de contenido	473
b) Vicios de la declaración de voluntad	475
a') Vicios del procedimiento de preparación de la voluntad... ..	479
a") Omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido	479
b") Omisión o defectuosa realización de algunos trámites	480
b') Vicios del procedimiento de formación de la voluntad	483
c') Vicios de la voluntad	483
d') Vicios de los motivos	484
e') Desviación de poder	484
f) Vicios de forma	487
a") Vicios de formas que constituyen requisitos de reconocibilidad del reglamento. Los vicios de la publicación	487
b") Vicios de formas que no constituyen requisitos de reconocibilidad del reglamento	488
g') Vicios de incompetencia	489
C) La no impugnación del reglamento dentro de plazo	493
a) Duración del plazo	494
b) Falta de impugnación del reglamento	495

XI. LA CONVERSIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

1. CONCEPTO	497
2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES	498
A) La interpretación del reglamento conforme con el ordenamiento jurídico	498
B) La anulación de un reglamento inválido y la emisión de otro válido con eficacia jurídica retroactiva	501
3. FUNDAMENTO	502
4. TIPOS	503
5. REQUISITOS	507
A) Invalidez del reglamento tal como ha sido calificado por la Administración	507
B) Validez del reglamento de acuerdo con una calificación que no es la que le ha dado la Administración	507

6. LA PUBLICIDAD DE LA CONVERSIÓN	508
XII. CONCLUSIONES	513
Bibliografía	521

PRÓLOGO

El lector de estas palabras tiene en sus manos el libro de Gabriel Doménech Pascual *La Invalidez de los Reglamentos*, que constituye la primera monografía de este autor que ve la luz de su publicación, aunque no sea la primera que escribe, ni tampoco su primera publicación, y confío que será el principio de una larga serie de obras jurídicas.

Esta obra, que ahora se ofrece al público en general y al jurista en especial, es el fruto de la extensa e intensa investigación que en torno a la cuestión de la ilegalidad de los reglamentos y sus efectos ha venido realizando el autor y que fue el tema de su tesis para la colación del grado de doctor, obteniendo del Tribunal que le otorgó el mismo las máximas calificaciones posibles.

El título de este libro *La Invalidez de los Reglamentos* expresa, pese a su meritoria brevedad y concisión, un objeto de estudio amplio y complejo, a la vez que capital en el contexto del Derecho en general y del Derecho Administrativo en especial. El tema de estudio que nos ofrece el Dr. Doménech es sin duda una cuestión de profundo calado, que incide en varios ámbitos fundamentales del Derecho Administrativo tales como el de la teoría de las normas y el de la teoría de la eficacia e ineficacia de las disposiciones administrativas.

El trabajo que ahora se publica aborda con seriedad y profundidad el examen de estas cuestiones, que se generan en torno a la invalidez de los reglamentos, desde el punto de vista de su análisis teórico y conceptual, partiendo de la dogmática jurídica existente, poniendo de relieve sus quiebras y haciendo propuestas positivas, en una labor de crítica jurídica constructiva encomiable.

Sin embargo el estudio realizado no se queda en el plano de los puros planteamientos teóricos y conceptuales, que se formulan y resuelven con brillantez y rigor, sino que además proyecta estos planteamientos sobre la realidad cotidiana, analizando con detalle las consecuencias materiales de cada una de las tesis examinadas, exponiendo así en su integridad —teórica y práctica— las numerosas cuestiones que suscita este tema de la validez de los reglamentos.

A nadie se le ocultan las dificultades de todo tipo que el objeto de este estudio plantea, fundamentalmente y en primer lugar, porque se trata indudablemente de un tema de carácter claramente conceptual, que se inserta en el núcleo mismo de las esencias del Derecho Administrativo —los reglamentos, su legalidad y la validez y eficacia

de las disposiciones administrativas— y, como tal, ampliamente estudiado y debatido en la doctrina científica, con resultados diversos y, en bastantes ocasiones, contradictorios; en segundo lugar, porque la aplicación de las construcciones clásicas de la dogmática jurídica a la realidad jurídica y material de la invalidez de los reglamentos lleva a desvelar sus carencias y a palpables contradicciones en las resoluciones jurisprudenciales que se vienen produciendo, cada vez con más frecuencia, y que, en definitiva, muestran la necesidad de una revisión de aquélla; en tercer lugar, porque ello obliga a tomar postura fundada en cada caso e incluso a formular propuestas *de lege ferenda*, si no se quiere que el estudio quede en una mera descripción de la doctrina científica y de la realidad de la doctrina jurisprudencial, lo que desde luego no concurre en este trabajo, como es de ver de la lectura del mismo.

El método utilizado por el autor para abordar la exposición del tema se centra, en primer lugar, en el estudio de los distintos elementos que componen el tema propuesto —fundamentalmente la figura del reglamento y el de la validez y eficacia de las normas— delimitando con precisión estos elementos, diferenciándolos de las figuras más próximas a ellas y encuadrándolos en el devenir histórico y en el derecho comparado, para, en segundo lugar, desde la configuración dogmática resultante de estos, pasar a un análisis minucioso —cuasi quirúrgico— y exhaustivo de los problemas que plantea en su proyección a la realidad actual, utilizando para ello el análisis de los supuestos que han venido resolviendo los tribunales en el amplio abanico de la doctrina jurisprudencial; en tercer lugar, se expone la configuración resultante de la figura de la invalidez de los reglamentos contemplada desde todos los aspectos posibles y con las propuestas de solución de los numerosos problemas que se van detectando y exponiendo en este análisis actual de la cuestión planteada, con ideas y opciones posibles e imaginativas a la vez que con fundamentaciones rigurosamente científicas.

Este método y forma de exponer no sólo se aplica en el planteamiento general de esta obra, sino que además se utiliza en el examen de cada una de las partes de la misma, en este caso, siguiendo el esquema de descripción de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia, toma de postura, justificación y propuesta de opción a seguir, lo que sin duda, además del rigor metodológico que supone y expresa, permite y ofrece una clara comprensión de cada tema y de sus correlaciones y consecuencias.

El desarrollo concreto del libro, partiendo de estas características generales expuestas, se inicia con el examen de la evolución histórica

de la figura en el Derecho español, desde la perspectiva de la tipificación penal de su emisión, la inaplicación judicial, la anulación jurisdiccional y la nulidad de los reglamentos ilegales, examinando estas cuestiones desde las primeras normas y resoluciones jurisdiccionales que las contemplan hasta la regulación vigente en la actualidad, lo que nos da una visión muy exacta de cómo se ha llegado al *status quo* de la invalidez de los reglamentos, así como la correlación y distinción entre las figuras de la inaplicación, la anulación y la nulidad de los reglamentos en nuestra legislación administrativa y en la doctrina jurisprudencial que la aplica, es de notar que con diferente y dispar resultado.

El hilo expositivo de esta obra sigue con el examen del dogma de la nulidad de los reglamentos ilegales y su evolución doctrinal y legislativa, desde su configuración clásica en el derecho alemán hasta la transformación y corrección de sus consecuencias por la legislación y la jurisprudencia germanas, poniendo especial atención a los problemas de eficacia que surgen de las numerosas impugnaciones de los planes de ordenación urbana, dada su naturaleza reglamentaria, y a la vista de las cuestiones que plantea en ellos la estricta aplicación del dogma de la nulidad de los reglamentos ilegales.

Desde estas bases históricas y dogmáticas, el libro plantea el arduo problema de la naturaleza jurídica de los reglamentos y, con ella, el de la propia delimitación de la figura respecto de otras aledañas, mediante el análisis de los caracteres de toda la gama de posibilidades entre las ideas de acto y norma, en los términos de la doctrina científica, y tomando posición bastante para abordar la cuestión de la invalidez, sin caer por ello en un vano intento de entrar en la cuestión definitoria de los reglamentos, más allá de lo necesario para el objeto de este trabajo.

Partiendo de este punto, el camino seguido por el autor se adentra en los recodos que serpentean por el terreno silvano que envuelve, aquí y ahora, el fenómeno de la invalidez de los reglamentos, recorriéndolo en toda su extensión y comenzando con la distinción entre la idea de invalidez y las de la ilegalidad, la ineficacia y la inexistencia de los reglamentos, estableciendo y precisando las estrechas correlaciones entre estas figuras, muy próximas, pero diferentes.

Delimitado el contenido de la figura de la invalidez, el libro aborda el fundamento de la misma, partiendo, precisamente y de contrario, de los principios en que se funda la validez de éstos y que concreta fundamentalmente en el principio de legalidad y en otros principios jurídicos utilizados al efecto en la doctrina y en la jurisprudencia.

dencia —como son el de conservación, el de seguridad jurídica y el de proporcionalidad— constatando que la invalidez o validez de los reglamentos no se deriva únicamente del tópico de la simple ilegalidad o contradicción con lo establecido en las normas legales, sino que se ve ampliamente matizado por la incidencia de otros principios jurídicos, aplicados solos o en su conjunto, en el resultado de su validez o invalidez.

La siguiente etapa de este camino lleva al terreno de las causas generadoras de la invalidez de los reglamentos, que se examinan en su doble condición de vicios de contenido —es decir debidas a que los contenidos de las normas reglamentarias son ilegales— y de vicios de la declaración de la voluntad determinante del propio contenido normativo de los reglamentos en sus diversas modalidades —de la voluntad en sí misma, de procedimiento y de forma, de los motivos, de incompetencia y de desviación de poder— abriendo así la distinción entre las causas de invalidez y sus diferentes consecuencias concretas, que determinan en cada caso y en función de la causa concurrente la validez o invalidez del reglamento ilegal y su extensión.

La cuestión de la extensión de la invalidez se concreta en la figura de la invalidez parcial de los reglamentos, que lleva de contrario a la validez del resto de la norma reglamentaria.

Completada la delimitación de las causas de invalidez de los reglamentos, sus diferentes caracteres y la extensión de sus efectos, el autor entra en el examen de las consecuencias jurídicas de esta invalidez analizando su incidencia en la composición del ordenamiento jurídico, sobre las situaciones jurídicas individualizadas que se hayan producido y las técnicas que llevan a la ineficacia del reglamento inválido.

En torno a las consecuencias jurídicas de la invalidez de los reglamentos en la composición del sistema normativo, se afronta con claridad el problema de la reviviscencia de las disposiciones derogadas por el reglamento inválido, tratando especialmente la cuestión de las remisiones normativas efectuadas a éste.

En el plano singular de las consecuencias de la invalidez de los reglamentos se analiza con precisión y exhaustivamente las diferentes soluciones de la doctrina científica y jurisprudencial en cuanto a la validez o invalidez de los actos dictados en su aplicación y de las situaciones jurídicas individualizadas que comporta, atendido que la declaración de invalidez del reglamento se produce con posterioridad a su aplicación, proponiendo y adoptando soluciones imaginativas y razonables.

El examen de las consecuencias jurídicas de la invalidez de los reglamentos se completa con el estudio de las técnicas instrumentales mediante las que se han de aplicar y hacer efectivas estas consecuencias y que se concretan, de una parte, en la inaplicación de los reglamentos inválidos, cuando se trate de determinados vicios y siendo posible su utilización por diversos sujetos, así como, de otra parte, en la anulación de las normas reglamentarias inválidas, fundamentalmente operada por los Tribunales —a través de las diversas posibilidades procesales— y asimismo por la acción de la propia Administración.

El libro culmina su exploración del territorio de la invalidez de los reglamentos entrando en los —hasta ahora— poco conocidos campos de la convalidación y la conversión como figuras aplicables a estas disposiciones, con el resultado de la delimitación de la amplia gama de posibilidades que éstas ofrecen para conformar la realidad de la validez efectiva de las normas reglamentarias originariamente inválidas, pero que, por estas vías en principio pensadas y prescritas para los actos singulares, llegan a validar sus contenidos normativos en la realidad jurídica.

La convalidación de los reglamentos inválidos se configura en esta obra como categoría común a las diversas fórmulas que permiten que un reglamento originariamente inválido adquiera validez y con ella plena eficacia; estas fórmulas se concretan en tres: la subsanación puramente administrativa que se concreta en la formulación de un reglamento que subsane el vicio o vicios observados en el originariamente inválido, la convalidación legislativa de los reglamentos inválidos y la subsanación por el transcurso del tiempo a consecuencia de la falta impugnación y de la consecuente declaración jurisdiccional de invalidez.

La subsanación de un reglamento inválido por la propia Administración se resume en el dictado de un nuevo reglamento que sustituya al anterior inválido, lo que plantea el problema de la retroactividad de sus efectos, atendido el principio de irretroactividad de las disposiciones reglamentarias, cuestión ésta que es la clave de distinción entre el carácter convalidante del nuevo reglamento o el de pura regulación *ex novo* y el elemento determinante de esta figura de la subsanación de los reglamentos inválidos.

La convalidación legislativa se plantea como una fórmula diferente de otras muy próximas como son la declaración legislativa de validez de un reglamento válido, la ratificación legislativa o la convalidación por habilitación de un reglamento inválido. El autor desme-

nuza con precisión los supuestos posibles concretando los distintos tipos de convalidaciones legislativas, estudiando los límites constitucionales de la figura y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que pueden generar los daños derivados de las convalidaciones legislativas.

La convalidación de los reglamentos inválidos por el transcurso del tiempo, fórmula esta más conocida, se examina singularizadamente en función de cada uno de los vicios constitutivos de causas de invalidez, de entre los que merecen especial atención los vicios de procedimiento y los vicios de forma.

El autor cierra su análisis con el examen de la figura de la conversión aplicada a los reglamentos inválidos, delimitando esta figura de otras muy próximas y exponiendo sus tipos y los requisitos necesarios para que se produzca.

La conclusiones de este libro son de gran interés no sólo para el estudioso del Derecho Administrativo, que sin duda reflexionará sobre ellas, sino también para el jurista en general, que desde los estrados o desde la propia Administración pública autora, aplicadora y obligada por las abundantes normas reglamentarias, obtendrá de ellas y del estudio que las justifica una visión general, desde luego, novedosa y realista de esta cuestión de la invalidez de los reglamentos, pero también la clave para la resolución de las numerosas cuestiones específicas que se le plantean, cuando no la solución en sus propios términos del problema que le ocupa especialmente.

Atendidas las finalidades tradicionales de los prólogos —hacer introducción y síntesis del libro al que preceden y apuntar las cuestiones que lo explican y que en el mismo no aparecen explícitamente— y cumplida la primera de ellas, no quiero terminar el mismo sin hacer, siquiera sea con extrema brevedad, la semblanza del autor del mismo, pues considero que, además de propio de estas palabras, es de justicia hacerlo y en todo caso completa la visión que de la obra se pretende dar con ello.

El Dr. Doménech Pascual es, como se comprobará tras la lectura de este libro y de sus otras publicaciones, un investigador del Derecho Administrativo serio, riguroso, metódico, exhaustivo, constante, sistemático —como debe ser un estudioso de esta disciplina— pero además es honesto, modesto, imaginativo, creativo y apasionado en los temas que se propone, que como es de ver en el presente caso no son precisamente ni sencillos, ni exentos de dificultades y que estudia con gran altura científica, pero sin despegarse del suelo de realidad cotidiana.

Pertenece a una generación de jóvenes investigadores que auguran al Derecho Administrativo una sólida y crítica doctrina científica en los próximos años que inician el presente siglo XXI; su formación se ha realizado en el Centro Universitario de Estudios Jurídicos del C.E.U San Pablo de Valencia, adscrito a la Universidad de Valencia y ha cursado sus estudios del doctorado en el Departamento de Derecho Administrativo de dicha Universidad de Valencia; durante la elaboración de su tesis doctoral, que sirve de base a este libro, realizó una estancia de investigación en la Universidad de Maguncia durante un curso académico con este objeto.

El autor en la actualidad es Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Cardinal Herrera-C.E.U., de reciente creación y en la que se ha integrado el centro adscrito antes citado; en ella enseña esta disciplina y continúa su trabajo de investigación que sin duda pronto dará nuevos y sustanciosos frutos. Su vocación docente e investigadora no es fruto de un día sino que se proyecta y consolida con el tiempo y me permite aventurar que será cada vez más intensa, ya que son tareas que no sólo hace bien, sino que además le gusta hacer y disfruta con ellas, lo que no deja de ser el mejor aliciente del investigador.

El lector que tiene este libro en sus manos y que ha tenido la amabilidad de leer estas líneas, antes de adentrarse en él, puede llegar a pensar que mis reflexiones sobre el mismo son quizás excesivas o fruto del esquema rituario de un prólogo; sin embargo, quisiera dejar constancia de que no son sino mi sincera opinión sobre el autor y su obra y rogar al lector que deje abierta su opinión hasta que conozca la obra que se le ofrece y juzgue después con mejor conocimiento de causa; por mi parte espero que, además de que aproveche sus indudables utilidades, disfrute al leer el libro, como yo le he hecho en esta última lectura de las pruebas de imprenta antes de escribir esto, ya que además de lo dicho sobre el autor éste tiene una expresión escrita sumamente agradable y fluida, sin que ello rebaje lo más mínimo el nivel de calidad y precisión de la misma.

JUAN CLIMENT BARBERÁ
Catedrático de Derecho Administrativo.
Magistrado del Tribunal Superior de
Justicia de la Comunidad Valenciana.

NOTA PRELIMINAR

El presente trabajo constituye sustancialmente la tesis presentada por el autor para la obtención del grado de doctor el día 16 de Julio de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universitat de València, ante un Tribunal compuesto por los Profesores Doctores D. José M.^a Boquera Oliver, D. Ramón Gómez-Ferrer Morant, D. Santiago Muñoz Machado, D. Antonio Embid Irujo y D. José M.^a Baño León, quienes le otorgaron la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Agradezco muy sinceramente las observaciones realizadas por todos los miembros del Tribunal, que me han sido de una gran utilidad.

También doy las gracias al Profesor Doctor D. Juan Climent Barberá, el director de la tesis, de quien he recibido innumerables enseñanzas, a la Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., sin cuya ayuda este trabajo no hubiera sido posible, y a los miembros del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universitat de València, que me prestaron toda clase de facilidades al respecto.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A	Auto.
AA	Actualidad Administrativa.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AJDA	L'Actualité Juridique. Droit Administratif.
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
ALJ de 1995	Anteproyecto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 16 de enero de 1995.
ALJ de 1997	Anteproyecto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1788-89, de 15 de enero de 1997.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
ap. / aps.	apartado / apartados.
Ar.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
art. / arts.	artículo / artículos.
ATS / AATS	Auto del Tribunal Supremo / Autos del Tribunal Supremo.
BauGB	Baugesetzbuch (Código Urbanístico alemán; salvo que se especifique otra cosa nos referimos a la redacción del mismo publicada el 27 de agosto de 1997 en el BGBl I, pp. 2141 y ss.).
BB	Der Betriebs-Berater.
BBauG	Bundesbaugesetz (Ley Federal de Urbanismo, de 23 de junio de 1960).
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht.
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter.
BGBl I	Bundesgesetzblatt Teil I (Boletín Oficial Federal, sección primera).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán).
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BALJ	Borrador del Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 1995.
BOE	Boletín Oficial del Estado.

BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán).
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
BVerfGG	Bundesverfassungsgesetz (Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1951).
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Contencioso-administrativo Federal alemán).
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts.
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CDPúbl	Cuadernos de Derecho Público.
CE	Constitución Española (salvo que se especifique otra cosa, la de 27 de diciembre de 1978).
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
CEURA	Centro de Estudios Ramón Areces.
cit.	citado.
coord. / coords.	coordinador / coordinadores.
CP	Código Penal (salvo que se especifique otra cosa, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).
CT	Crónica Tributaria.
DA	Documentación Administrativa.
DB	Der Betrieb.
DCE / DDCE	Dictamen del Consejo de Estado / Dictámenes del Consejo de Estado.
DC / DDC	Decisión del Conseil constitutionnel / Decisiones del conseil constitutionnel
dir. / dirs	director / directores.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung.
DV	Die Verwaltung.
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt.
ed.	edición / editor.
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.
EJE	Enciclopedia Jurídica Española.
EM	Exposición de Motivos.
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra.
esp.	especialmente.
IEA	Instituto de Estudios Administrativos.
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local.
IEP	Instituto de Estudios Políticos.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 23 de mayo de 1949).
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
JCA	Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, editada por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
LCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
LGT	Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.
LJ	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LJ de 1888	Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888.
LJ de 1956	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung.
LOCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOPJ de 1870	Ley Orgánica del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870.
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de Julio de 1958.

LPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
LRJAE	Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, aprobado por el Decreto de 26 de julio de 1957.
m.	marginal
n.	nota al pie de página.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
OM	Orden Ministerial.
OVG	Oberverwaltungsgericht (Tribunal Superior Contencioso-administrativo).
p. / pp.	página / páginas.
PJ	Poder Judicial.
PLJ de 1995	Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, número 133-1, de 30 de septiembre de 1995.
PLJ de 1997	Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, número 70-1, de 18 de junio de 1997.
RAndAP	Revista Andaluza de Administración Pública.
RAP	Revista de Administración Pública.
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
RDGRN/RRDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado / Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDL	Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado.
RDLeg	Real Decreto Legislativo.
RDLeY	Real Decreto-Ley.

RDAF	Revista de Derecho Administrativo y Fiscal.
RDPol	Revista de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
RDPSP	Revue du Droit public et de la Science Politique.
RDS / RRDS	Real Decreto-Sentencia / Reales Decretos-Sentencias.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico.
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.
REDA	Revista Española de Administración Pública.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REDF	Revista Española de Derecho Financiero.
reimpr.	reimpresión.
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local.
RFDA	Revue française de droit administratif.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RGR	Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RO / RROO	Real Orden / Reales Órdenes.
RPREA	Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por el Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo.
RTEAC / RRTEAC	Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central / Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
S / SS	Sentencia / Sentencias.
ss.	siguientes.
STC / SSTC	Sentencia del Tribunal Constitucional / Sentencias del Tribunal Constitucional.
STCont / SSTCont	Sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo / Sentencias del Tribunal de lo Contencioso-administrativo.
STJCE / SSTJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS / SSTs	Sentencia del Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TCont	Tribunal de lo Contencioso-administrativo.

trad.	traducido por.
TS	Tribunal Supremo.
UPR	Umwelt- und Planungsrecht.
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg.
WerwArch	Verwaltungsarchiv.
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Ley Federal alemana reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960).
VR	Verwaltungsrundschau
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley Federal alemana de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976).
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DEL TRABAJO

Las Administraciones Públicas dictan a veces reglamentos sin ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y éste, frente a tales infracciones, reacciona de diversas maneras según el caso. Nos proponemos estudiar una de las consecuencias que eventualmente acarrearán dichas infracciones: la invalidez —ineficacia, dicen algunos— del reglamento en cuestión.

La teoría sobre la invalidez de las normas jurídicas y, por tanto, también de los reglamentos, viene tradicionalmente dominada por lo que en Alemania llaman el dogma de la nulidad: cualquier infracción del ordenamiento jurídico en la que incurra una norma determina siempre su nulidad. A diferencia de los actos administrativos singulares, cuya ilegalidad puede hacerlos nulos, anulables o, incluso, no afectar a la validez de los mismos, cualquier defecto de las normas reglamentarias ocasionaría siempre su nulidad. Este dogma se refleja en la letra del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, que dispone que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior». Además, tradicionalmente se ha dicho que la nulidad de un acto jurídico supone su invalidez o ineficacia jurídica absoluta, desde un principio —*ex tunc*— y perpetua —el acto nulo no puede adquirir validez—. Según esta concepción, el acto nulo es absolutamente incapaz de obligar, de producir efecto alguno.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo producida en los últimos 25 años no se ajusta a dicho dogma ni, por tanto, al tenor literal del artículo 62.2 citado. Este Tribunal, al igual que un sector minoritario de la doctrina española, viene sosteniendo que determinadas ilegalidades de los reglamentos son causa de nulidad, otras de anulabilidad y un tercer grupo ni siquiera acarrea su invalidez. Además, varios datos han puesto en entredicho el carácter *ex tunc* que tradicionalmente se asigna a la nulidad. Cabe destacar aquí varias Sentencias del Tribunal Constitucional que, después de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, han dispuesto la conservación de los efectos producidos hasta entonces por ella y, en algún caso, incluso su obligatoriedad provisional.

A la hora de estudiar las diversas cuestiones que plantea la invalidez de las disposiciones reglamentarias, nuestra preocupación principal es la de precisar cuál es el modelo al que *de lege data* y *de lege ferenda* debe ajustarse el régimen jurídico de su invalidez en el Derecho español: el modelo «monolítico» del dogma de la nulidad o el modelo «variado» que sugiere la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

A) La perspectiva histórica

Para intentar obtener una comprensión cabal de la regulación de la invalidez de los reglamentos, de la situación actual e incluso de las perspectivas que ofrece el futuro inmediato, es de gran utilidad saber cómo y por qué se ha llegado a esta situación. Interesa especialmente averiguar cuáles son las circunstancias que determinan y explican tanto la aparición del dogma de la nulidad como las correcciones jurisprudenciales que el mismo ha sufrido. Con esta finalidad estudiamos la evolución histórica de algunas de las reacciones con las que el ordenamiento jurídico español ha hecho frente a los reglamentos ilegales: la sanción penal que en determinados casos hay que imponer a quienes los hayan dictado, su inaplicación y anulación judicial y, por supuesto, su nulidad. Todas estas figuras guardan entre sí una más o menos estrecha relación.

B) La perspectiva del Derecho comparado

El Derecho comparado suele proporcionar «un mejor conocimiento del propio Derecho patrio, mediante el apereamiento de los hechos diferenciales que resultan de todo contraste o comparación»¹, pero a menudo también pone de relieve la semejanza de los valores, necesidades y problemas existentes en ordenamientos jurídicos distintos. Ello permite a veces descubrir y cotejar diversas soluciones que pueden darse a un mismo problema, lo que ayuda a perfeccionar el propio Derecho². Pues bien, el Derecho de la República Federal de Alemania presenta suficientes similitudes y diferencias con el español en lo que respecta al objeto de nuestro trabajo para que su estudio resulte de gran interés. La similitud principal es que la tradicional regla según la cual la nulidad es siempre la sanción que corresponde a toda ilegalidad que padezca cualquier norma jurídica, incluidas las de carácter reglamentario, ha sido objeto de importantes correcciones. La diferencia fundamental es que en Alemania ha sido el legislador y en España los Tribunales los que han venido a corregir esa regla.

Una evolución parecida se observa en el ordenamiento jurídico francés. No obstante, hemos creído conveniente concentrar nuestra atención en el estudio del problema en el Derecho alemán, puesto que allí la corrección legislativa del dogma de la nulidad es veinte años anterior, ha alcanzado mayor intensidad y ha generado, lógicamente, una jurisprudencia y una doctrina más abundantes que las producidas en Francia.

¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El Derecho comparado», *RVAP*, 50, 1998, p. 149.

² *Ibidem*, pp. 147 y ss.

C) La búsqueda del fundamento del régimen jurídico de la invalidez de los reglamentos

Hay diversas tesis doctrinales acerca de la invalidez de los reglamentos. Sin embargo, existe unanimidad en afirmar que ellos y los actos administrativos singulares no siguen en este punto el mismo régimen jurídico. Las diferencias son mayores o menores según las opiniones, pero lo que está claro es que existen ¿A qué se deben? ¿Por qué nuestro Derecho otorga aquí un tratamiento distinto a reglamentos y actos singulares, dictados ambos por Administraciones públicas en el ejercicio de potestades administrativas?

La respuesta a este problema exige la previa resolución de otro. Si el ordenamiento jurídico los trata de distinto modo es porque son dos realidades distintas. No tiene lógicamente ningún sentido tratar de manera desigual lo que es igual. Sólo está justificada una diferencia de régimen jurídico entre ambos en cuanto que y en la medida en que se distingan los unos de los otros. Por consiguiente, hay que determinar en qué se diferencian los reglamentos de los actos singulares para saber el porqué del distinto trato que se les dispensa en lo que respecta a su invalidez.

Una vez resuelta esta cuestión previa, debe precisarse ya cuál es el fundamento del especial régimen jurídico de la invalidez de los reglamentos. Dicho fundamento habrá de buscarse en las normas constitucionales y, sobre todo, en los principios generales del Derecho. Lo primero, porque la Constitución condiciona la validez, interpretación y aplicación de las normas de rango inferior y algunos principios o valores establecidos en la misma constituyen el fundamento del ordenamiento español³. Lo segundo, porque los principios generales del Derecho informan el ordenamiento jurídico y, precisamente, constituyen su fundamento último⁴. No es casualidad que muchos de ellos hayan sido recogidos expresamente por nuestra Constitución.

Habrà que determinar qué normas constitucionales y principios jurídicos inciden en la regulación de la invalidez de actos administrativos singulares y reglamentos y en qué medida esas normas y principios plantean exigencias distintas en uno y otro caso. Esta comparación no es la meta final de nuestro trabajo, sino que tiene un valor meramente instrumental; resulta útil para comprender de qué modo dichos principios y normas informan la regulación de la invalidez de las disposiciones reglamentarias.

³ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1991, pp. 49 y ss. y 97 y ss.

⁴ *Vid.* el art. 1.4 CC y GUASP, *Derecho*, 1971, pp. 291 y ss., esp. p. 298 y ss.; BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, 1994, pp. 99 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, 1949, (reimpr., 1984, pp. 417, 420 y 428).

Encontrar una respuesta a las cuestiones que se acaban de plantear tiene una gran importancia, no sólo dogmática, sino también práctica. Por de pronto, a la hora de interpretar y aplicar unos preceptos legales —los que regulan la invalidez de los reglamentos— que han suscitado innumerables problemas y controversias. Casi huelga decir que las operaciones de interpretación y aplicación de las leyes deben ser guiadas y orientadas tanto por la Constitución⁵, como por los principios generales del Derecho⁶. En segundo lugar, se obtienen criterios para valorar posibles soluciones *de lege ferenda* a los problemas que suscita la regulación de la invalidez de los reglamentos. Nosotros no aspiramos a ser legisladores pero, en cambio, sí podemos intentar poner de relieve las ventajas y los inconvenientes, los valores que se esconden detrás de cada posible solución legislativa, y ello en la medida en que, al fin y al cabo, aquellos principios generales del Derecho y muchas de aquellas normas constitucionales son los valores fundamentales, los bienes considerados valiosos por la comunidad humana que constituye el substrato del ordenamiento jurídico⁷. En tercer lugar, nos sirve para enjuiciar no ya la oportunidad o la conveniencia de cada solución legislativa sino, incluso, su conformidad a Derecho, ya que puede darse el caso de que la misma contravenga algún principio o norma constitucional.

Sólo nos queda aquí prevenirnos a nosotros mismos de lo que un Consejero de Estado ha llamado «el empacho de constitucionalismo», esto es, «el querer resolver todos los problemas con la Constitución»⁸. Y es que esta norma, por su carácter «abierto»⁹, difícilmente impondrá una única solución a todas las

⁵ Vid. el art. 5º.1 LOPJ y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, cit., pp. 95 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, 1991, pp. 480 y ss.

⁶ BELADIEZ ROJO, *Los principios...*, pp. 110 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *RAP*, 38, 1962, pp. 192 y ss. y 211 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 350 y ss.; SUAY RINCÓN, «La doctrina de los principios generales del derecho y su contribución al desarrollo del Derecho administrativo», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, 1993, t. I, p. 383; RIVERO, «Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo», *RAP*, 6, 1951, pp. 296 y 297.

⁷ Vid. BELADIEZ ROJO, *Los principios...*, pp. 38 y ss. y 45; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 1999, t. I, p. 79. Afirma DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho...*, cit., p. 416, que «los principios generales derivan su fuerza jurídica de la misma comunidad jurídica, expresando del modo más directo su idea de la vida».

⁸ PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ, «Procedimiento administrativo y los derechos de participación previstos en el artículo 105 de la Constitución española», *CDJ*, 43, 1993, p. 126. Vid. también el voto particular de este Consejero de Estado al DCE de 14-7-1992 (RDL 12).

⁹ DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1995, pp. 46 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 455 y ss.; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1996, pp. 11 y ss.

cuestiones que abordamos en nuestro trabajo. Más bien al contrario, es probable que admita diversas regulaciones legislativas todas ellas ajustadas al texto constitucional. Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de los principios generales del Derecho, cuyo «uso y abuso» también ha sido advertido por algún autor¹⁰.

3. PLAN DE LA EXPOSICIÓN

En el capítulo que sigue a esta introducción se da cuenta del estado de la cuestión desde una perspectiva histórica. Se describen, según han ido apareciendo, diversas reacciones del ordenamiento jurídico español frente a las ilegalidades de los reglamentos, así como la jurisprudencia y la doctrina producida al respecto. El posterior capítulo se dedica al estudio de la invalidez de los reglamentos en el ordenamiento alemán. El siguiente trata de la naturaleza jurídica de las disposiciones reglamentarias, cuestión que, como ha quedado expuesto, conviene abordar para poder comprender cabalmente el régimen de su invalidez.

Los restantes capítulos constituyen el núcleo del trabajo. Aquí se estudian sistemáticamente diversos problemas que plantea la invalidez de las normas reglamentarias. Esta parte del trabajo se ordena alrededor de siete preguntas: ¿Qué es, en qué consiste la invalidez de los reglamentos? ¿Por qué son inválidos? ¿En qué supuestos son inválidos? ¿En qué medida lo son? ¿Qué consecuencias jurídicas tiene su invalidez? ¿Pueden adquirir validez? ¿Pueden ser convertidos en normas válidas?

¹⁰ NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, 1994, pp. 39 y ss.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN ESPAÑA

1. LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LA EMISIÓN DE REGLAMENTOS ILEGALES

La primera vez que en la legislación española se hace referencia, si bien implícitamente, a las normas reglamentarias ilegales es para sancionar al autor de las mismas. El artículo 298 del Código penal de 1848 establece que «el empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, será castigado con la pena de suspensión».

La ubicación sistemática de este precepto dentro del citado Código resulta de gran ayuda para comprender su significado. El artículo 298 da comienzo al Capítulo dedicado a la «usurpación de atribuciones»¹, donde también se castiga con la misma pena al «juez que se arrogare atribuciones propias de las Autoridades administrativas, o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas», a «todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia o decisión dictada por juez competente» (art. 299, párrafos I y II) y al «empleado público» — concepto que comprende aquí a Jueces y empleados del orden administrativo²— «que legalmente requerido de inhibición continuare procediendo antes que se decida la contienda» (art. 300). Del conjunto del mencionado Capítulo se desprende que el legislador quiso sancionar penalmente la infracción del principio de división de poderes. Se castiga al juez que se atribuye o interfiere la competencia del Poder ejecutivo, al empleado del Poder ejecutivo que obre de igual modo respecto de la del Poder judicial y a todo empleado público que invada la competencia del Poder legislativo. El Código penal de 1870 es mucho más claro sobre este último extremo cuando dispone que debe castigarse al «funcionario público que invadiere las atribuciones del poder legislativo, ya dictando reglamentos o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley» (art. 388). Como el Poder legislativo, al menos desde la perspectiva decimonónica, «procede por medidas generales»³, en principio sólo puede invadirse su competencia

¹ Cap. X, Título VII, Libro II.

² Así se desprende de los tipos contemplados en el Título VIII del CP de 1848, titulado «de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos».

³ POSADA HERRERA, *Lecciones de administración*, 1843, (reimpr. 1978, t. I, p. 57).

dictando disposiciones generales, reglamentos; de ahí la redacción de estos artículos.

Adviértase que, de acuerdo con los citados preceptos, una disposición general invadía las atribuciones del Poder legislativo sólo en dos supuestos: cuando tal disposición contenía una regulación contraria a la de una ley — regulación que derogaba o suspendía lo dispuesto en ésta— o cuando regulaba una materia reservada a la ley careciendo de atribuciones para ello. No se castigaba, pues, la emisión de cualquier reglamento ilegal, sino tan sólo la de los que padecían un vicio de contenido o de incompetencia.

La regla que comentamos se repite con más o menos las mismas palabras en los sucesivos Códigos penales que han ido teniendo vigencia en España⁴. En la actualidad, el artículo 506 del llamado «Código Penal de la democracia» todavía establece que «la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años». Dejemos aparte el problema, planteado desde una perspectiva político-criminal, de si conviene o no castigar estos comportamientos con sanciones penales⁵ y centrémonos en determinados aspectos de este artículo que interesan al objeto de nuestro trabajo:

El primero tiene que ver con la conducta típica en él descrita, que consiste, ya lo hemos visto, en dictar una disposición general o en suspenderla cuando se carece de atribuciones para ello. Desde luego, aquí se castiga la emanación de reglamentos viciados de incompetencia. Si se hace lo propio con todos aquellos ilegales en cuanto a su contenido, eso ya es más dudoso. Lo que a nuestro juicio queda fuera de duda es que este precepto no sanciona la emanación de cualquier reglamento ilegal. Ha de tratarse de uno aquejado de concretos y determinados defectos. Así, por ejemplo, la adopción de una disposición general viciada en su procedimiento no es constitutiva del delito que estamos considerando. De esta regulación se deduce que el legislador considera que hay determinadas ilegalidades —de incompetencia, de contenido— en las que pueden incurrir una norma reglamentaria que revisten mayor gravedad que las restantes.

⁴ El CP de 1850 transcribe la disposición citada en su art. 307; el art. 388 CP de 1870 la recoge modificando su redacción, que se mantendrá —con la salvedad del CP de 1928, donde no se encuentra precepto equivalente— en los arts. 382 CP de 1932 y 377 CP de 1944.

⁵ GONZÁLEZ, *La materia contencioso-administrativa*, 1903, pp. 183 y ss., ya advertía la escasa persecución de que fue objeto este delito, pues «por racionales dictados del corazón humano el exceso en la pena es el más fecundo origen y la fuente más caudalosa de impunidad» (p. 187).

La segunda observación se refiere al bien jurídico protegido por el precepto. Puede afirmarse que las normas concordantes que le antecedieron protegían la esfera de competencias del legislativo frente a la acción invasora de otros poderes del Estado, pero esta afirmación ya no es predicable del artículo 506 del vigente CP. Éste va más allá que sus precedentes, pues lo que viene a salvaguardar son «las competencias de creación normativa que tengan atribuidas las diversas instituciones del Estado»⁶. La desaparición de las referencias a la «ley» y a las «atribuciones del Poder legislativo» del texto del artículo 506 citado no puede imputarse a la casualidad. Esta modificación se corresponde con la transformación que ha experimentado la estructura de los poderes públicos en el Estado español, muy especialmente, con la aparición de diversas Administraciones públicas que gozan de autonomía constitucionalmente garantizada y que, en algunos casos, sólo pueden ejercer a través de normas de carácter administrativo⁷. Por todas estas razones, debe estimarse irrelevante para que tenga lugar la conducta típica el hecho de que la invasión tenga lugar sobre las competencias normativas del legislativo o sobre las de cualquier Administración pública.

La última observación viene referida a la pena fijada. El tipo delictivo contemplado en el artículo 506 CP es, de todos los previstos en la sección sobre «la usurpación de atribuciones», al que se le atribuye la sanción más grave⁸. Esto es así, lógicamente, porque la conducta contemplada por ese artículo 506 es, de entre todas las inculminadas en dicha sección, la más ofensiva⁹. Reviste mayor gravedad una agresión contra el orden de competencias de producción normativa que una dirigida contra las del Poder judicial o contra las de la Administración que no tienen ese carácter. De hecho, el titular de un órgano administrativo no comete, en principio, ningún delito si, en vez de dictar una disposición general, dicta un acto singular careciendo de atribuciones para

⁶ TAMARIT SUMALLA y RODRÍGUEZ PUERTA, «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al nuevo Código Penal*, (dir. Quintero Olivares), 1996, p. 2066. En el mismo sentido, LASCURAIN SÁNCHEZ, «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al Código Penal*, (dir. Rodríguez Mourullo), 1997, p. 1268. En cambio, ORTS BERENGUER, ALONSO RIMO y ROIG TORRES, «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al Código Penal de 1995*, (coord. Vives Antón), 1996, p. 1988, sostienen que la disposición general «ha de inmiscuirse en la órbita reservada a los órganos legislativos del Estado en sentido estricto». En el mismo sentido, REIG REIG, «De la usurpación de atribuciones», *Código Penal de 1995*, 1998, p. 1848.

⁷ En sentido similar, TAMARIT SUMALLA y RODRÍGUEZ PUERTA, «De la usurpación...», cit., p. 2066.

⁸ Compárense los arts. 506, 507, 508 y 509 CP.

⁹ ORTS BERENGUER, ALONSO RIMO y ROIG TORRES, «De la usurpación...», cit., p. 1988. Según LASCURAIN SÁNCHEZ, «De la usurpación...», cit., p. 1269, ello se debe «a la trascendencia general que tiene la atribución usurpada».

ello¹⁰. El Código considera peor un ataque contra el orden de competencias de creación normativa que uno contra el orden de competencias de cualquier otro tipo. Desde otra perspectiva, puede afirmarse que reviste mayor gravedad una disposición viciada de incompetencia que un acto singular aquejado del mismo defecto.

De todo cuanto llevamos expuesto en el presente epígrafe se obtienen conclusiones de interés para nuestro trabajo. Es un dato a tener muy en cuenta que el ordenamiento jurídico reaccione del modo más enérgico posible —con la intervención del Derecho penal— frente a la conducta consistente en dictar reglamentos viciados de incompetencia o en su contenido. También resulta significativo que a la emisión de tales normas le corresponda una sanción mayor que al hecho de dictar actos singulares que padecen los mismos vicios, hecho este último que normalmente no constituirá infracción penal. Todo ello indica la relevancia que reviste la producción de normas reglamentarias y, en concreto, el orden de competencias para dictarlas. Esta gravedad que entraña el ejercicio de la potestad reglamentaria ya se ha puesto de relieve por la doctrina iusadministrativista. Se ha llegado a afirmar que «los reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza para la libertad»¹¹.

2. LA INAPLICACIÓN JUDICIAL DE REGLAMENTOS ILEGALES

En el proceso de aplicación del Derecho, encontramos una fase en la que se seleccionan las normas jurídicas aplicables al caso concreto de que se trate. En este momento puede ocurrir que existan dos o más normas de contenido contradictorio pero con vocación de ser aplicadas al supuesto que se está considerando. Habrá entonces que elegir una de ellas, pues no será posible darles efecto simultáneamente. Tal acontece cuando la decisión que un Tribunal va a tomar en un caso concreto está regulada por una ley y por un reglamento que contradice lo dispuesto en ésta. Parece lógico que aquí, en virtud del principio de jerarquía normativa, deba escogerse y aplicarse la ley y, por lo tanto, no el reglamento. Lo mismo procede cuando las normas que entran en conflicto son la Constitución y una ley; también entonces deberá seleccionarse la primera y no la segunda. La solución, pues, es clara: si las normas se encuentran relacionadas jerárquicamente, como sucede en los ejemplos citados, deberá aplicarse la norma de rango jerárquico superior y no la de rango inferior.

Otra cosa es cómo se llega a dicha solución¹². Así, los Tribunales ordinarios españoles tienen en principio prohibido inaplicar por sí solos las leyes postconstitucionales en el caso de que las mismas contradigan la Constitución. Para dar efecto a lo dispuesto en la norma suprema y desconocer lo preceptuado en la ley, deben plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y, sólo si éste estima que la ley es inconstitucional, podrán desconocerla¹³. A continuación, vamos a ver la solución que se ha dado en el Derecho español cuando la contradicción se produce entre una norma legal y otra reglamentaria. En primer lugar, se estudia lo que ha sucedido cuando la cuestión se les ha planteado a los Jueces y Tribunales ordinarios, entendiendo aquí por tales los órganos jurisdiccionales a los que no compete conocer de modo principal de las pretensiones deducidas en relación con los actos y reglamentos administrativos. En segundo lugar, se aborda el tratamiento que se ha dado al problema en el seno de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Dividimos el estudio en estos dos apartados porque en sus orígenes históricos la cuestión presentaba matices diferentes en uno y otro caso, aunque actualmente el régimen jurídico de la inaplicación judicial de los reglamentos ilegales es sustancialmente idéntico en ambos supuestos.

A) Inaplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios

El artículo 92 de la Constitución española de 1 de junio de 1869 establece que «los tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales, sino en cuanto estén conformes con las leyes».

Algunos autores han visto un antecedente de esta norma en la regla expresada en la célebre fórmula «obedézcase, pero no se cumpla» referida a las cartas reales dadas en perjuicio de partes, contra ley, fuero o Derecho¹⁴. Sin embargo, y a pesar de las apariencias, esta regla poco tenía que ver con la inaplicación judicial de reglamentos ilegales, entre otras cosas porque el no cumplimiento de la correspondiente carta real daba lugar, en realidad, a la suspensión del mismo hasta que concluyese un procedimiento de revisión

¹⁰ En el mismo sentido, REIG REIG, «De la usurpación...», cit., p. 1848.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 195; *vid.*, también, p. 174.

¹² Como dice BOQUERA OLIVER, «La aproximación de la ley al reglamento», *Diez años de régimen constitucional*, 1989, p. 264, las leyes y los reglamentos pueden ser inaplicados judicialmente, «lo que varía son los procedimientos para la inaplicación» según se trate de las primeras o de los segundos.

¹³ *Vid.* los arts. 163 CE y 35 y ss. LOTC.

¹⁴ DE ZABALA, «Reglamentos e instrucciones generales para la aplicación de las Leyes», *RGLJ*, 64, 1884, p. 108; DE LA QUADRA-SALCEDO, «La delegación legislativa en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1991, t. I, p. 341, n. 19.

ante el rey con una segunda carta cuyo cumplimiento era inexcusable¹⁵. Los precedentes de aquella disposición constitucional se encuentran en el Derecho de países extranjeros.

a) Antecedentes en el Derecho de países extranjeros

Ya es suficientemente conocido el sistema de control de la legalidad de la actuación administrativa instaurado en Francia con posterioridad a la Revolución de 1789. Dicho control se encomienda a la propia Administración. De modo correlativo, los llamados Tribunales judiciales deben limitarse a conocer de las causas civiles y criminales y tienen vedado enjuiciar la legalidad de los actos administrativos¹⁶.

Pero las cosas no eran, ni son, tan sencillas. Para apreciar la legalidad de un acto administrativo puede ser necesario resolver una cuestión de índole civil o criminal que entra dentro de la esfera de competencia de los Tribunales, y viceversa, con ocasión de la resolución de un asunto civil o criminal puede hacer falta determinar la conformidad a Derecho de un acto administrativo.

Así, y dado que la infracción de lo dispuesto en algunos reglamentos era castigada penalmente, se planteaba el problema de si los Tribunales debían sancionar al ciudadano que había incumplido un reglamento ilegal. Consideradas en abstracto, había tres posibilidades. La primera consistía en que el Tribunal respetase escrupulosamente lo dispuesto por la Administración y sancionase el incumplimiento, con lo cual estaba otorgando efectos al reglamento ilegal y privando de los mismos a la ley infringida por éste, obedeciendo al Poder administrativo y desobedeciendo al legislativo. En segundo lugar, el Tribunal podía suspender el pleito, plantear una cuestión prejudicial a la Administración y esperar a que ésta resolviese acerca de la legalidad de la disposición reglamentaria; en este supuesto cabían dos variantes según la resolución de la cuestión prejudicial vinculase, o no, al Tribunal que la planteaba. Por último, el Tribunal podía tener competencia, sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial, para apreciar la ilegalidad de la disposición y, de este modo, dejar sin sanción al ciudadano que no se ajustó a la misma.

La jurisprudencia francesa comienza en 1810 a decantarse por esta última posibilidad. Los Tribunales penales no debían sancionar el incumplimiento de un reglamento en el caso de que éste fuese ilegal, pudiendo apreciar

¹⁵ Vid. GONZÁLEZ ALONSO, «La fórmula obedécese, pero no se cumpla en el Derecho castellano de la Baja Edad Media», *AHDE*, 1980, pp. 469-487.

¹⁶ Vid. BENOIT, *El Derecho administrativo francés*, (trad. Gil Cremades), 1977, pp. 341 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 1994, pp. 41 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, 1973, pp. 45-55.

por sí mismos esa ilegalidad¹⁷. Esta jurisprudencia fue confirmada por la Ley de 28 de abril de 1832, que dio nueva redacción al artículo 471.15 del Código penal, que a partir de entonces sancionaría con multa a «aquellos que hubieran contravenido los reglamentos legalmente establecidos por la autoridad administrativa...». A *sensu contrario*, se deducía que los Tribunales penales debían dejar sin sanción a los ciudadanos que infringiesen un reglamento ilegalmente establecido, estando facultado el Tribunal, a estos efectos, para enjuiciar la legalidad o ilegalidad del reglamento, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial¹⁸.

Este precepto tenía un alcance limitado. En primer lugar, porque sólo tenían atribuida la mencionada facultad los Tribunales represivos o penales. En segundo lugar, porque únicamente la tenían respecto de los reglamentos de policía general o de mantenimiento de la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas. En tercer lugar, porque el control de legalidad se refería a los reglamentos cuya infracción determinaba una sanción penal, pero no a los reglamentos en los que el ciudadano se amparaba para evitar la sanción que correspondía imponer a los Tribunales¹⁹. No obstante, tanto la jurisprudencia como el legislador fueron extendiendo el ámbito de aplicación de esta *exception d'illegallité*²⁰. Los Tribunales civiles comienzan en 1825 a estimarse competentes para examinar la legalidad de los reglamentos e inaplicarlos en el caso de que resultaran ser ilegales²¹. Actualmente se admite sin dificultad alguna que todos los Jueces y Tribunales, ya sean represivos, civiles o administrativos, pueden inaplicar cualesquiera reglamentos ilegales²².

Creemos, no obstante, que el artículo 92 de nuestra Constitución de 1869 fue tomado directamente de una de las dos Constituciones extranjeras que la inspiraron, la belga de 7 de febrero de 1831²³, cuyo artículo 107 disponía que

¹⁷ CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, 1966, p. 10 y ss.; RÉGLADE, «L'exception d'illegallité en France», *RDPSP*, 1923, p. 398.

¹⁸ Vid. BENOIT, *El Derecho...*, cit., p. 555; RÉGLADE, «L'exception...», cit., p. 399.

¹⁹ BENOIT, *El Derecho...*, cit., p. 556; CATHALA, *Le contrôle...*, cit., pp. 13, 18 y 19.

²⁰ BENOIT, *El Derecho...*, cit., p. 557; CATHALA, *Le contrôle...*, cit., pp. 24 y ss.

²¹ Vid. CATHALA, *Le contrôle...*, cit., p. 58.

²² CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 1996, pp. 607 y 608; RÉGLADE, «L'exception...», cit., p. 409.

²³ Como observa TOMÁS VILLAROYA, *Breve Historia del constitucionalismo español*, 1992, p. 85, la CE de 1869 está «sensiblemente influida por la belga de 1831 y por la americana de 1787». Según CARRO MARTÍNEZ, *La Constitución española de 1869*, 1952, p. 130, «la influencia belga es perfectamente explicable. Bélgica era entonces la nación de código escrito que venía viviendo más democráticamente. Los diputados de 1869 sabían esto perfectamente, pues casi todos ellos habían vivido en los Países Bajos, y en Bruselas emplazaron el Comité revolucionario, y en Ostende se celebró la gran reunión de los partidos progresista y democrata».

«les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois»²⁴. Debe tenerse en cuenta que con esta Constitución se instaura en Bélgica un sistema «judicialista» de justicia administrativa. Como reacción frente al sistema francés que los belgas estimaban haber padecido durante el dominio napoleónico, el conocimiento de los litigios en los que es parte la Administración ya no se encomienda a la propia Administración, sino a los Tribunales ordinarios²⁵. Resulta totalmente lógico, pues, que estos Tribunales sean competentes para verificar la legalidad o ilegalidad de actos administrativos y reglamentos y dejar de aplicar los ilegales.

La influencia del modelo belga no sólo se deja sentir en el Derecho español. En Italia, una Ley de 1865 sobre abolición del contencioso-administrativo dispone que «las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y los reglamentos generales y locales en cuanto sean conformes con las leyes»²⁶.

b) Recepción de la doctrina extranjera

De la obra de algunos administrativistas españoles que escribieron durante el segundo tercio del siglo XIX se deduce que conocían las soluciones dadas al problema en el extranjero. Soluciones que propugnaban para nuestro Derecho, de modo que la Constitución de 1869, cuando ordena en su artículo 92 a los Tribunales que no apliquen los reglamentos ilegales, cuenta para ello con el respaldo de algunos de nuestros más prestigiosos autores, lo que quizás explica la nula discusión a la que dio lugar la elaboración del precepto²⁷. Vamos a poner nuestra atención en las tesis de OLIVÁN, POSADA HERRERA y COLMEIRO. En los tres casos el planteamiento es similar y la influencia francesa más o menos apreciable.

Se parte de que los Jueces y Tribunales, al igual que los ciudadanos, no pueden reformar ni desobedecer los actos —entre los que se incluyen reglamentos, bandos y ordenanzas— expedidos por las autoridades administrati-

²⁴ El art. 159 de la vigente Constitución belga, de 17-2-1994, todavía establece que «los juzgados y tribunales sólo aplicarán las disposiciones y reglamentos generales, provinciales y locales, en cuanto que sean conformes a las leyes». Sobre la inaplicación judicial de los reglamentos en Bélgica, *vid.* LEROY, *Les règlements et leurs juges*, 1987, pp. 126 y ss.

²⁵ ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo*, 1999, t. I, p. 292.

²⁶ Art. 5 de la Ley de 20-3-1865, según EMBID IRUJO, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, 1978, p. 362, «probablemente precedente del art. 7º LOPJ de 1970».

²⁷ Advierten esta falta de discusión CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, 1994, p. 59; EMBID IRUJO, *Ordenanzas...*, cit., p. 159, n. 142.

vas. En el principio de separación de los poderes del Estado se justifica explícita²⁸ o implícitamente²⁹ esta regla general.

A continuación, se plantea si los ciudadanos y los Tribunales deben prestar obediencia a los reglamentos administrativos contrarios a la ley o, por el contrario, deben tener la posibilidad de resistirlos, exceptuando aquella regla general. Los tres autores coinciden básicamente en sus apreciaciones: las disposiciones reglamentarias pierden su carácter obligatorio en cuando exceden de lo dispuesto en la ley, de modo que tanto los Tribunales como los ciudadanos pueden desobedecerlas e incumplirlas, sin que a estos últimos se les pueda imponer pena alguna por ello³⁰.

Naturalmente, se observan algunas diferencias entre las tres construcciones doctrinales. Respecto de los supuestos en los que pueden inaplicarse las disposiciones generales ilegales, OLIVÁN dice que los Tribunales no pueden castigar la resistencia opuesta por los ciudadanos a las mismas³¹ —aquí se aprecia la influencia del planteamiento inicial del problema en el Derecho francés—. Sin embargo, este autor no contempla, por ejemplo, el supuesto de que un ciudadano pretenda evitar una sanción amparándose en una disposición contraria a la ley. POSADA HERRERA, por su parte, circunscribe la posibilidad que tienen los Jueces de inaplicar los reglamentos ilegales no al ámbito penal, pero sí al caso de que éstos vulnere derechos individuales³². La construcción técnicamente más perfecta es la de COLMEIRO, que con cierta amplitud de miras no limita en ningún momento el ámbito material en el que deben inaplicarse los reglamentos ilegales. A COLMEIRO también hay atribuirle el mérito de haber puesto de relieve que los Jueces y Tribunales, además de poder inaplicar tales reglamentos, están obligados a ello³³.

²⁸ COLMEIRO, *Derecho administrativo*, 1876, t. I, pp. 45 y 46 (sólo nos ha sido posible consultar la 4ª ed., posterior a la CE de 1869, pero en la 2ª ed., de 1858, el autor mantenía ya las tesis expuestas; *apud* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 1970, p. 11, n. 15); POSADA HERRERA, *Lecciones...*, cit., t. I, pp. 54 y ss. y 80.

²⁹ *Vid.* OLIVÁN, *De la Administración pública con relación a España*, 1843, (reimpr. 1954, pp. 227 y ss.).

³⁰ COLMEIRO, *Derecho...*, cit., t. I, p. 85; OLIVÁN, *De la Administración...*, cit., pp. 229-230; POSADA HERRERA, *Lecciones...*, cit., t. I, pp. 56 y 57.

³¹ OLIVÁN, *De la Administración...*, cit., pp. 229-231.

³² POSADA HERRERA, *Lecciones...*, cit., t. I, pp. 56 y 57, dice que «cuando el poder administrativo saliéndose fuera del círculo de las leyes, diera disposiciones que alteraran los derechos individuales, el poder judicial debería tener energía para resistirse a aplicarlas acatando los derechos del individuo».

³³ Dice COLMEIRO, *Derecho...*, cit., t. I, p. 46, que para el Juez «existe una obligación sagrada de inquirir si tiene o no fuerza obligatoria el precepto en cuestión y de rehusar su cumplimiento» en caso de que éste resultara ser ilegal.

Estos autores emplean varios argumentos para justificar su tesis: los reglamentos tienen la misma fuerza obligatoria que la ley de la que emanan, por lo que si se exceden de la misma «todo el exceso es nulo y pierde el carácter obligatorio»³⁴; el Juez no debe «dar cumplimiento a un acto que la ley castiga como un delito denominado en el Código Penal usurpación atribuciones»³⁵. Sin embargo, en todos los casos late una poderosa razón: la obediencia que el Poder judicial ha prestar a las leyes tiene una mayor fuerza que la debida a los mandatos generales de la Administración³⁶. Hoy diríamos que las leyes tienen «un valor o fuerza de obligar superior» al de los reglamentos o, lo que es lo mismo, que se les atribuye un rango jerárquico superior al de éstos³⁷.

Con estos antecedentes doctrinales, la Constitución española de 1869 ordena a todos los Tribunales la inaplicación de los reglamentos ilegales. Este mandato se enmarca también dentro del espíritu judicialista que inspira la legislación del Sexenio revolucionario. Recuérdese que el Decreto de 13 de octubre de 1868 suprime la jurisdicción contencioso-administrativa y encomienda a los Tribunales el control de la actividad administrativa. Los revolucionarios septembrinos estiman que los litigios administrativos deben ser enjuiciados por Tribunales independientes y no por órganos de naturaleza administrativa, pues sólo una magistratura independiente e imparcial, y no la Administración, juez y parte en tales asuntos, puede amparar y garantizar convenientemente los derechos individuales³⁸. También en la Constitución de 1869 es patente la voluntad de reforzar la posición que ocupa el Poder judicial dentro del Estado³⁹, sobre todo en sus relaciones con el Poder ejecutivo, por ejemplo, cuando se deroga el sistema de autorización previa administrativa para procesar a los funcionarios públicos⁴⁰. Una de las ideas fundamentales

de esta Constitución es la de que los poderes públicos deben supeditarse a los derechos individuales, y no viceversa, y como «la actividad más temida contra las democracias es la gubernativa, ..., contra ella se dirigen la mayor parte de las prevenciones o garantías»⁴¹. Pues bien, el mandato dirigido a los Tribunales para que inapliquen los reglamentos administrativos ilegales hay que considerarlo otra manifestación de este espíritu «judicialista», del intento de apuntalar un Poder judicial fuerte, vigoroso e independiente que se constituya en verdadera garantía de los derechos de los individuos.

La competencia para inaplicar los reglamentos ilegales conlleva, lógicamente, la de verificar la legalidad o de los mismos sin necesidad de plantear cuestión prejudicial a la Administración pues, en caso contrario, quedaría en nada el poder de resistir la disposición administrativa para acatar la ley. Dificilmente pueden ser judicialmente desobedecidos e inaplicados los reglamentos si la posibilidad de desobedecer e inaplicar depende en última instancia de la Administración. Así mismo, hay que destacar la universalidad del precepto constitucional citado, dirigido a todos los Tribunales y referido a cualesquiera reglamentos ilegales, sin excepciones por razón de su autor o de la materia regulada⁴².

Esta norma será recogida por la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 18 de septiembre de 1870, que en su artículo 7º.1 decía que «no podrán los jueces, magistrados y Tribunales: aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquiera clase que estén en desacuerdo con las leyes»⁴³. Ello permitió que este poder y al mismo tiempo obligación⁴⁴ de los Tribunales perviviera hasta casi nuestros días, pues las Constituciones que con posterioridad a la de 1869 han estado vigentes en España no se han vuelto a referir a la inaplicación de los reglamentos ilegales⁴⁵, si bien dicha regla pudiera entenderse establecida implícitamente en algunos preceptos constitucionales, por ejemplo, en aquel

³⁴ OLIVÁN, *De la Administración...*, cit., pp. 229-230.

³⁵ COLMEIRO, *Derecho...*, cit., t. I, p. 46.

³⁶ OLIVÁN, *De la Administración...*, cit., p. 230, afirma que «en un país libre solamente a la ley es debida la obediencia»; POSADA HERRERA, *Lecciones...*, cit., t. I, pp. 56, sostiene que frente al principio de la ciega obediencia a las disposiciones del poder administrativo «hay otro aún más sagrado, que es el juramento que todos han hecho de guardar las leyes de la nación y conservar ilesa la Constitución que ella misma se ha dado».

³⁷ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 315.

³⁸ Vid., al respecto, BETANCOR RODRIGUEZ, *El acto ejecutivo*, 1992, pp. 219-269, y MENDIZÁBAL ALLENDE, «El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo», *RAP*, 64, 1971, pp. 257 y ss.

³⁹ En el Dictamen de la Comisión nombrada para presentar un Proyecto de Constitución se dice que «la importancia y la elevación de la magistratura será por eso otro rasgo característico de nuestra obra constitucional» (vid. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos políticos de España*, 1969, t. I, pp. 515 y ss).

⁴⁰ Vid. el art. 30 CE de 1869 y PARADA VÁZQUEZ, «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», *RAP*, 31, 1960, pp. 127 y ss.

⁴¹ CARRO MARTINEZ, *La Constitución...*, cit., p. 131.

⁴² Así se deduce de la expresión «reglamentos generales, provinciales y locales» del art. 92 CE de 1869.

⁴³ El mandato venía reforzado por la advertencia contenida en el art. 8º LOPJ de 1870, que establecía que el Juez no quedaría exento de responsabilidad personal por alegar «su obediencia a las disposiciones del Poder ejecutivo en lo que sean contrarias a las Leyes».

⁴⁴ BOQUERA OLIVER, «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los Reglamentos», *REDA*, 40-41, 1984, p. 5. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 11 y 12, estima que se trataba «no sólo de una facultad del juez, sino más bien de un deber».

⁴⁵ El art. 93 del Proyecto de Constitución de 1929 disponía que «los Tribunales y juzgados no podrán, ..., aplicar reglamentos y disposiciones de carácter general que estén en desacuerdo con las leyes» (SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, cit., t. II, pp. 21 y ss.)

que dice que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley»⁴⁶.

c) Legislación vigente

El artículo 6º LOPJ de 1985 establece que «los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

Diversos aspectos de esta norma permanecen sin modificar en relación con la legislación anterior. El precepto sigue estando dirigido a todos los órganos jurisdiccionales, sea cual sea el orden al que pertenezcan⁴⁷, con inclusión del Tribunal Constitucional⁴⁸. La letra de este artículo 6º tampoco discrimina entre los reglamentos inaplicables; lo único que exige es que sean «ilegales». También es evidente que la competencia para inaplicar el reglamento ilegal supone que el Tribunal en cuestión puede verificar su ilegalidad sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el órgano que sería competente para juzgar como cuestión principal su validez. Ello se desprende no sólo de los antecedentes del precepto que estamos considerando, sino también de la regulación de las cuestiones prejudiciales contenida en la vigente LOPJ, que establece como regla general que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente» (art. 10º.1)⁴⁹. Compete a los Tribunales contencioso-administrativos conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los reglamentos administrativos (art. 1.1 LJ), pero los Tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, cuando para la resolución de los asuntos cuyo conocimiento tengan encomendado consideren que un reglamento con vocación de ser aplicado al caso es ilegal, podrán inaplicarlo a los solos efectos de la resolución del litigio planteado. Por lo demás, debe notarse que las razones que en sus orígenes históricos dificultaban la admisión de esta solución hace tiempo que ya no existen en nuestro Derecho. Hoy en día, nada se opone a que los Tribunales enjuicien las decisiones de la Administración,

⁴⁶ Vid. el art. 117.1 CE. El art. 81 CE de 1876 disponía que «los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan» y el 94 CE de 1931, que «los jueces son independientes en su función. Sólo están sometidos a la ley».

⁴⁷ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 218; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 1999, t. I, pp. 676 y 677.

⁴⁸ Así lo indican el tenor literal del art. 6º LOPJ y los arts. 1.1 y 3 LOTC.

⁴⁹ En principio, sólo las cuestiones prejudiciales penales deben resolverse necesariamente por los Tribunales de este orden (art. 10º.1 LOPJ) y, claro está, las de inconstitucionalidad por el TC (arts. 163 CE y 5º.2 LOPJ).

más bien todo lo contrario. Por exigencias constitucionales, el control de la actividad administrativa no se encomienda a la Administración, sino a verdaderos órganos jurisdiccionales, servidos por Jueces y Magistrados independientes (arts. 106.1 y 117.3 CE).

La principal novedad que aporta la LOPJ de 1985 en cuanto a la inaplicación judicial de reglamentos ilegales se refiere a lo que ha de entenderse por ilegalidad. Dicha Ley ya no habla de reglamentos «que estén en desacuerdo con las leyes», sino de aquellos «contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa». La LOPJ de 1870 se refería tan sólo a los reglamentos que vulnerasen las leyes porque el principio de jerarquía normativa todavía no había sido formulado en nuestro Derecho con la extensión que actualmente posee. Por aquel entonces no se tenía una clara conciencia acerca de la existencia de una relación jerárquica entre disposiciones administrativas, fundamentalmente entre reales decretos y reales órdenes⁵⁰. Hay que esperar a 1957 para que se consagre legislativamente la ordenación jerárquica de los reglamentos estatales⁵¹.

Sin embargo, el tenor literal del precepto citado se ha quedado corto en relación con el alcance que se desprende de su interpretación teleológica y sistemática. Como señalan la jurisprudencia y la absoluta mayoría de los autores, las normas reglamentarias no sólo están subordinadas a la Constitución, a las leyes y a las disposiciones de rango superior, sino también a los

⁵⁰ Vid. GARCÍA CUADRADO, *El Gobierno por Orden Ministerial*, 1986, pp. 62 y ss. Sin embargo, a la vista de la declaración contenida en el RDS de 20-5-1867 (JCA 15, 203) —«los efectos producidos y los derechos otorgados por el Real Decreto..., no pueden invalidarse por las Reales Órdenes..., reclamadas»—, afirma NIETO GARCÍA, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, 1986, p. 184, que ya entonces «las disposiciones generales de la Administración se jerarquizan formalmente de acuerdo con el rango del órgano de donde emanan». Sin embargo, tanto aquel RD —que ascendía a dos personas a Tenientes Generales con opción a las primeras vacantes—, como las RROO impugnadas —que disponían que las primeras vacantes las ocupasen personas distintas—, eran actos singulares y no disposiciones generales. No se trataba de un problema de jerarquía normativa, sino de revocación de un acto singular declarativo de derechos. Como se recoge en los antecedentes de hecho, se pedía la anulación de las RROO en cuestión «por vulnerar los legítimos derechos adquiridos por el mismo demandante».

⁵¹ Vid. el art. 23 LRJAE. Aunque, según GARCÍA CUADRADO, *El Gobierno...*, cit., pp. 112 y ss. y 156 y ss., dicha jerarquía se podía deducir de algunas disposiciones anteriores a la LRJAE. De hecho, la STCont de 13-12-1902 (JCA 63, 119) declara que cierto reglamento aprobado por RD «no pudo válidamente alterarse por la RO [reglamentaria] impugnada, la cual..., evidentemente por su menor categoría no tiene eficacia para modificarle». En sentido similar, vid. las STSS de 15-3-1912 (JCA 83, 92), 8-6-1917 (JCA 93, 198) y 9-6-1917 (JCA 93, 202).

principios generales del Derecho⁵². Por lo tanto, habrán de inaplicarse las que lesionen tales principios⁵³. Del tenor del artículo 6º LOPJ ya se deduce que la naturaleza de la regla jurídica que entra en contradicción con el reglamento no tiene relevancia a efectos de inaplicarlo. Da lo mismo que se trate de una norma constitucional, legal, reglamentaria o de un principio jurídico. Lo decisivo no es el tipo de norma supraordenada al reglamento que entra en contradicción con éste, sino la naturaleza —reglamentaria, administrativa— de la norma que se trata de inaplicar. En el caso de las leyes, la cuestión se plantea de un modo similar. Los Tribunales ordinarios no pueden inaplicar por sí solos las leyes inconstitucionales, y la razón de ello no es que la norma infringida sea la Constitución, pues los mismos Tribunales son plenamente competentes para inaplicar los reglamentos inconstitucionales, sino que la norma que se ha de inaplicar es una ley, y el Juez ordinario se halla sometido al imperio de la ley⁵⁴.

En resumen, a efectos de inaplicar un reglamento, resulta irrelevante la naturaleza de la norma o principio infringido por éste, siempre que se trate de una norma o principio jurídico supraordenado al mismo. Nosotros, seguiremos hablando de «ilegalidad» y de disposiciones «ilegales», pero dicha

ilegalidad ha de entenderse en un sentido amplio, como sinónimo de desconformidad con el Derecho⁵⁵.

Aquí no terminan las dudas que suscita el alcance del artículo 6º LOPJ. Un reglamento puede contravenir el ordenamiento jurídico de distintas maneras, por ejemplo, según esté viciado cada uno de los elementos en los que cabe descomponer dicho reglamento. Éste puede tener un contenido ilegal, haber sido emanado por un órgano incompetente, elaborado sin observar el procedimiento legalmente previsto, etc. El tenor literal de aquel artículo, al hablar de «reglamentos contrarios a la Constitución, a la ley, o al principio de jerarquía normativa», no discrimina entre diversos tipos de ilegalidades a los efectos de la inaplicación, como tampoco lo hacían sus precedentes legislativos. Tan contrario a la ley es un reglamento que contradice el contenido de una norma legal, como uno elaborado con infracción del procedimiento legalmente prescrito.

Basándose en la interpretación literal de este precepto, GONZÁLEZ PÉREZ ha defendido que los Tribunales deben inaplicar todo reglamento que padezca cualquier vicio⁵⁶. No obstante, el autor pone de relieve la gran dificultad con la que el Juez ordinario se encuentra para comprobar si el reglamento fue dictado con arreglo a las normas que regulan el procedimiento de su elaboración, de modo que en la práctica sólo podrá verificar aquellas infracciones que se desprendan del propio texto reglamentario «tal y como apareció en el Boletín Oficial»⁵⁷.

BOQUERA OLIVER estima, por el contrario, que los Jueces no aplicarán los reglamentos nulos de pleno derecho, pero sí los anulables y los irregulares⁵⁸. El autor considera que ciertas ilegalidades determinan la nulidad del reglamento, otras su anulabilidad y un tercer grupo su irregularidad⁵⁹. El régimen jurídico del reglamento ilegal será diferente en cada uno de los tres casos. La

⁵² Vid., entre otras, las SSTs de 14-2-1977 (Ar. 765), 21-6-1983 (Ar. 3619), 18-12-1985 (Ar. 6539) y 1-4-1986 (Ar. 2626). Sobre esta jurisprudencia, vid. DE LA CRUZ FERRER, «Nulidad...», cit., pp. 607-615; SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dirs. Santamaría Pastor y Parejo Alfonso), 1989, pp. 75 y ss. En la doctrina, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *RAP*, 29, 1959, pp. 161-185, esp. pp. 167-168, n. 9, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 30, 1959, pp. 131-166, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», *RAP*, 38, 1962, pp. 159-205, y con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 186 y ss. En sentido parecido, BELADIEZ ROJO, *Los principios...*, cit., pp. 109 y 117 y ss.; DE LA CRUZ FERRER, «Nulidad de reglamento por violación de los principios generales del derecho y omisión de la audiencia a los interesados», *REDA*, 52, 1986, pp. 607-615, «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 116, 1988, pp. 65-105. BOQUERA OLIVER, «Los límites del poder de Ordenanza», *REVL*, 160, 1968, pp. 497-517, *Derecho administrativo*, 1996, pp. 117 y ss., llega al mismo resultado a partir de razonamientos distintos. En contra, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, 1994, t. I, pp. 174 y ss. y 260 y ss., que, si bien estima que los reglamentos deben ajustarse a los principios que informan el ordenamiento positivo legal, afirma que éstos no constituyen una verdadera fuente autónoma del Derecho.

⁵³ Así lo hizo la interesantísima STS de 2-4-1912 (JCA 83, 119).

⁵⁴ No obstante, debe señalarse que los Tribunales ordinarios españoles sí pueden inaplicar por su propia autoridad las leyes contrarias al Derecho comunitario. Así lo deja sentado la STC 28/1991, de 14 de febrero (FFJJ 5 y 6), de acuerdo con la STJCE de 9-3-1978 (*Simmenthal*, 106/77).

⁵⁵ En este sentido, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 369, n. 2.

⁵⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, «El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa», *Revista de Derecho procesal*, 1, 1971, pp. 96-97. La afirmación se hace en relación con el art. 7º.1 LOPJ de 1870, pero vale igualmente para el art. 6º LOPJ de 1985. En *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, reconoce que «no puede extenderse el control jurisdiccional a verificar la conformidad de la norma de inferior rango al procedimiento de elaboración establecido» si se atiende a la jurisprudencia dominante producida por los Tribunales contencioso-administrativos (p. 682), jurisprudencia que el autor considera censurable (pp. 666, 667 y 671).

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, «El juez...», cit., p. 97. En cuanto a los vicios de procedimiento, en la práctica sólo podría controlarse si se ha emitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, pues el art. 2.6 LOCE dispone que «las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme el dictamen del Consejo de Estado o se apartan de él».

⁵⁸ BOQUERA OLIVER, «Enjuiciamiento...», cit., p. 32.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

respuesta de este autor al problema remite, pues, a otra cuestión: la de si existen en nuestro Derecho reglamentos nulos, anulables e irregulares.

Nosotros consideramos que, efectivamente, éste es un problema previo a resolver. Si afirmamos que los reglamentos ilegales reciben un distinto tratamiento jurídico según la ilegalidad que padezcan, es posible que unos deban ser inaplicados y otros no. En cambio, si sostenemos que todas las ilegalidades de los reglamentos siguen un mismo régimen, por ejemplo, el de nulidad, resultará lógico estimar que todas y cada una de ellas determinan su inaplicación⁶⁰. Debe precisarse, por lo tanto, si en el Derecho español hay reglamentos nulos, anulables e irregulares y cuáles son las consecuencias jurídicas que, en su caso, se desprenden de esta distinción al objeto de inaplicarlos.

B) Inaplicación por la Jurisdicción contencioso-administrativa

Hemos visto como el sentido que en el siglo pasado se daba al principio de separación de poderes dificultaba la inaplicación de los reglamentos por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios, pues éstos debían, en principio, respetar y acatar los actos del Poder administrativo, correspondiendo a órganos encuadrados dentro de la propia Administración la tarea de enjuiciar tales actos. En cambio, este principio de separación en nada se oponía a que estos últimos órganos inaplicasen los reglamentos ilegales cuando hubiese ocasión para ello.

La ocasión suele presentarse cuando se trata de averiguar si un acto administrativo es conforme a Derecho. Habrá de confrontarse entonces dicho acto con el modelo abstracto de acto configurado anteriormente por un conjunto de normas jurídicas, que constituyen criterios con arreglo a los cuales se determina si aquél es legal o ilegal. Puede suceder que en dicho conjunto de normas existan dos, una legal y otra reglamentaria, contradictorias. El reglamento ordena que el acto sea de cierta manera y la ley manda que lo sea de otra. En este caso, ya hemos visto que en virtud del principio de jerarquía normativa la antinomia debe resolverse en favor de la norma legal, inaplicándose la reglamentaria. Para verificar la legalidad del acto en cuestión no deberá tomarse en cuenta el reglamento. El acto administrativo será conforme a Derecho si se ajusta a la ley y no lo será en el caso contrario. Por todo ello, es completamente lógico que los actos administrativos puedan ser atacados por ilegales cuando han sido dictados ajustándose a un reglamento que contradice

lo dispuesto en una ley. La impugnación del acto se resuelve aquí en una inaplicación del reglamento ilegal. Veamos el tratamiento que ha recibido esta posibilidad en nuestra legislación.

a) Incompetencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa para inaplicar reglamentos ilegales

OLIVÁN advertía en 1843 que podía recurrir en vía contencioso-administrativa la persona «a quien se hubiese hecho aplicación particular y expresa del reglamento, bando o mandato no ajustados a la ley»⁶¹. Lo lógico hubiese sido que los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa resolviesen tales recursos aplicando la ley e inaplicando la disposición administrativa ilegal. Pero esto no fue lo que sucedió en la práctica⁶². Dichos órganos aplicaban reglamentos que los recurrentes estimaban contrarios a las leyes, haciendo prevalecer, por ende, a los primeros sobre las segundas. Según dice el RDS de 22 de junio de 1860 (JCA 9, 85), «la Administración contenciosa, tratándose de una Real orden general [cuya legalidad era cuestionada],..., expedida por el competente Ministerio, tiene que limitarse a fijar su inteligencia y aplicarla a los casos que ocurran». Sin embargo, de los *obiter dicta* de algún Real Decreto-sentencia se desprende la solución contraria⁶³.

Es probable que esta ilógica jurisprudencia hubiera sido influida por decisiones anteriores que, al resolver recursos interpuestos contra disposiciones generales —aquí se pedía la anulación del reglamento, no su inaplicación—, afirmaban que éstas no podían ser revocadas o anuladas por los Tribunales⁶⁴. Alfonso

⁶¹ OLIVÁN, *De la Administración...*, cit., p. 229.

⁶² Dice GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., p. 185, que «cuando le fue preciso [al Consejo de Estado] resolver, no ya si estaba en sus facultades revocar disposiciones de carácter general opuestas a las leyes, sino si podría declarar que, en el caso concreto del juicio, no debían contra la ley prevalecer, se limitó a denegar tales pretensiones con la afirmación de que no tocaba a los Tribunales de lo Contencioso examinar la concordancia o discordancia entre las leyes y las disposiciones generales de la Administración, sino aplicar éstas fijando su inteligencia y quedando al particular contra ellas el recurso de promover el que se depurase y exigiese la responsabilidad ministerial. ¡Donoso remedio, aquí donde es cosa tan corriente y tan fácil llevar Ministros a la barra!».

⁶³ El RDS de 20-2-1856 (JCA 5, 56) declara que cierta RO, «que mandó se abonara a D. M. R. en su clasificación el tiempo que desempeñó la cátedra de matemáticas en los referidos estudios, no puede tener efecto alguno por ser contraria a la citada disposición 26 de la Ley, ..., la cual no puede ser derogada en favor de una persona especial, ni por una resolución de aquella naturaleza». Esa RO no tenía carácter reglamentario, sino singular, pero se deduce de lo transcrito en cursiva que los Tribunales no pueden dar efecto a las RROO de naturaleza reglamentaria que contradicen una ley.

⁶⁴ En el caso resuelto por el RDS de 3-11-1852 (JCA 5, 220) se pedía la revocación de una disposición que ampliaba el ancho de ciertas vías públicas y la declaración de que la

⁶⁰ Ésta es la tesis de GONZÁLEZ PÉREZ, «El juez...», cit., pp. 90, 91 y 96 y ss., y *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, (con González Navarro), 1999, t. I, pp. 1358 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, 214 y ss.

GONZÁLEZ apunta en otra dirección respecto de las causas de esta solución jurisprudencial. Los Ministros eran los que, en última instancia, venían a decidir los asuntos contencioso-administrativos a través del refrendo de los reales decretos-sentencias, puesto que el Consejo de Estado sólo tenía facultades de propuesta y no de resolución. El citado autor considera muy lógico y humano que los Ministros, autores también de las normas reglamentarias, no resolviesen que ellos mismos habían infringido la ley, sobre todo teniendo muy en cuenta que el Código penal castigaba como delito la emisión de reglamentos ilegales. Ello hubiese supuesto decretar «su propia muerte moral» y reconocerse incurso en responsabilidad penal⁶⁵.

Por obra de la legislación del Sexenio revolucionario, la Jurisdicción contencioso-administrativa dejó de estar retenida en manos del Ejecutivo siendo atribuida a los Tribunales, al tiempo que se consagraba constitucional y luego legislativamente la inaplicación judicial de los reglamentos ilegales. Fue entonces cuando se dictaron las primeras Sentencias que, al verificar la conformidad a Derecho de un acto singular, inaplicaron una disposición general por considerarla contradictoria con lo dispuesto en las leyes, argumentando que así lo exigía el artículo 92 de la Constitución de 1869⁶⁶. Y al

carretera de Extremadura, a su salida por Madrid, tenía cierta latitud. Dicho RDS dice que «corresponde a la Administración activa dictar y reformar los reglamentos y órdenes generales, y que éstos no pueden ser modificados ni emanados por los Tribunales administrativos, porque ante ellos solamente se trata del derecho especial de los que litigan y no se pueden apreciar debidamente las consideraciones de interés común en que aquellas disposiciones se fundan y que, por consiguiente, ni procede el recurso contencioso contra las órdenes y reglamentos en que se establece el ancho y condiciones de todas o de una sola vía pública, ni puede el Consejo Provincial de Madrid ni mi Consejo Real señalar, como se pide en la demanda, el ancho que ha de tener la carretera de Extremadura». *Vid.*, también, el RDS de 27-12-1854 (JCA 5, 4). El RDS de 9-1-1856 (JCA 5, 52) desestima un recurso contra un acto dictado en aplicación de una disposición general afirmando que «ni los Reales Decretos ni las Reales órdenes orgánicas, reglamentarias o de instrucción son revocables por la vía contenciosa».

⁶⁵ GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., pp. 185 y ss.

⁶⁶ Dicen las SSTs de 9-7-1870 (JCA 18, 197) y 20-10-1870 (JCA 19, 19) que, impuesta al Gobierno por ley cierta obligación, a éste «no le es potestativo dejarla sin efecto por medio de una Real orden que, aunque de carácter general, no está conforme con las prescripciones de la ley; y que, por lo tanto, no puede aplicarse por los Tribunales, según el art. 92 de la fundamental del Estado». La STS de 6-11-1871 (JCA 20, 299) «reforma» una resolución dictada en aplicación de un reglamento argumentando que «no puede sobreponerse al texto expreso y terminante de la ley y a su vez muy claro y conocido espíritu disposición alguna reglamentaria dictada en opuesto sentido». La inaplicación se admite implícitamente en las SSTs de 8-3-1870 (JCA 18, 49), 7-12-1871 (JCA 21, 47) y 21-2-1872 (JCA 21, 72), que dice que «la orden reclamada, ..., está ajustada a una disposición de carácter general, de cuya aplicación no puede prescindir

menos en una ocasión se inaplicó una disposición que no había sido publicada⁶⁷.

Pese a todo, y todavía dentro del Sexenio, acabó volviéndose a la doctrina contraria a la inaplicación, apoyándose para ello en una jurisprudencia ya consolidada que declaraba que las disposiciones generales no podían ser impugnadas⁶⁸, ni siquiera «de un modo indirecto»⁶⁹. Así, por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1873 (JCA 24, 213) desestimó el recurso interpuesto contra un acto que aplicaba un Real Decreto tachado de ilegal argumentando que éste, «como disposición de carácter general, no puede ser objeto, ni aun de un modo indirecto, de reclamación alguna en la vía contencioso-administrativa». Y ello a pesar de que el recurrente había alegado que, si bien dicho Real Decreto «por su carácter general no es susceptible de reclamación, el artículo 92 de la Constitución del Estado prohíbe a los Tribunales aplicar las resoluciones gubernativas de carácter general si no están conformes del todo con las leyes»⁷⁰.

En la Restauración, se volvió al sistema de justicia administrativa retenida y el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos se encomendó otra vez a órganos encuadrados dentro del Ejecutivo⁷¹. Éstos se declararon de nuevo incompetentes para inaplicar reglamentos tachados de ilegalidad⁷², aunque encontramos alguna Sentencia que, para absolver de la demanda a la Administración, sí que inaplicó una disposición general ilegal⁷³.

la jurisdicción contenciosa, a no encontrarla en abierta oposición con las leyes especiales de la materia a que se refiere o con las que se regulan los procedimientos». ⁶⁷ STS de 27-2-1874 (JCA 25, 48), que dice que la RO inaplicada, «aun concediendo que sea de carácter reglamentario y que no esté comprendida en el caso previsto en el art. 92 de la Constitución del Estado, carece de fuerza obligatoria por no haber sido promulgada en debida forma».

⁶⁸ *Vid.*, entre otros, el RDS de 3-11-1852 (JCA 5, 220), la SCE de 11-11-1869 (JCA 17, 239) y las SSTs de 27-12-1870 (JCA 19, 87), 15-3-1871 (JCA 19, 157), 1-10-1870 (JCA 19, 8) y 27-10-1870 (JCA 19, 25).

⁶⁹ RDS de 29-12-1866 (JCA 15, 50), que afirma que la RO «de que hace aplicación exacta la reclamada, ..., como disposición de carácter general, no puede ser objeto, ni aun de un modo indirecto, de reclamación en la vía contencioso-administrativa». El RDS de 11-3-1867 (JCA 16, 104) resuelve un caso semejante.

⁷⁰ La STS de 27-10-1874 (JCA 26, 226) inadmite el recurso contra un acto dictado en aplicación de un reglamento argumentando que «las disposiciones generales de la Administración activa no son susceptibles de reforma por la vía contenciosa». En sentido similar, la STS de 27-1-1875 (JCA 27, 294).

⁷¹ Al respecto, *vid.* el Decreto de 20-1-1875 y BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto...*, cit., pp. 271 y ss.

⁷² *Vid.* los RRDS de 10-1-1876 (JCA 28, 8) y 9-6-1879 (JCA 31, 102).

⁷³ RDS de 10-5-1880 (JCA 32, 45), que dice que «las disposiciones reglamentarias que conceden derechos como el de que se trata no tienen fuerza ni eficacia, porque las declaraciones y alteraciones de semejantes derechos sólo pueden hacerse por medio de una ley, según el precepto terminantemente consignado en el art. 15 de la Ley...».

Aquella jurisprudencia se consolidó a pesar de que el artículo 7º.1 LOPJ de 1870 seguía estando vigente y de que el mandato que este precepto dirigía a los Tribunales podía entenderse también referido a los órganos encargados de enjuiciar la actividad administrativa.

b) El reconocimiento legislativo del llamado «recurso indirecto» contra reglamentos.

La Ley de 13 de septiembre de 1888 introdujo importantes cambios en lo contencioso-administrativo. Con ella se intentó armonizar las tendencias antagónicas conforme a las cuales se había organizado nuestra justicia administrativa a lo largo del siglo XIX, encomendándose la Jurisdicción contencioso-administrativa a órganos compuestos por magistrados y funcionarios⁷⁴.

Por lo que al objeto de nuestro trabajo respecta, su artículo 3º establecía expresamente que cabía recurrir los actos administrativos singulares cuya ilegalidad procediese de la aplicación de una disposición reglamentaria ilegal⁷⁵. Ello se consideró una novedad, un recurso puesto a disposición de los administrados que antes no existía⁷⁶. El legislador de 1888 cerraba el paso a la impugnación y consiguiente anulación con efectos *erga omnes* de los reglamentos ilegales y, «a cambio», a modo de «transacción»⁷⁷, contemplaba expresamente una posibilidad que se entendió nueva pero que, en realidad, podía haberse extraído sin demasiadas dificultades de la naturaleza de las cosas y de una interpretación mínimamente generosa de lo dispuesto en la LOPJ de 1870.

La doctrina consideraba que esa posibilidad era uno de los recursos de que disponían los particulares frente a las disposiciones de carácter general. Por

⁷⁴ Vid. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, 1975.

⁷⁵ «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 con ésta se infringe la ley en la cual se originaron aquellos derechos».

⁷⁶ CABALLERO Y MONTES, J. M.^º, *Lo contencioso-administrativo*, 1902, t. I, p. 208; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, 1914, p. 59. Según la STCont de 22-2-1897 (JCA 52, 63), el art. 3º citado, «lejos de restringir el recurso contencioso-administrativo, amplía su ejercicio».

⁷⁷ CABALLERO Y MONTES, J. M.^º, *Lo contencioso...*, cit., t. I, pp. 208 y 209, dice que el art. 3º citado «representa la transacción entre nuestro antiguo Derecho y el creado con el establecimiento del recurso llamado de exceso de poder»; GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., p. 188, dice que «entre aquel medio radical [recurso y anulación de reglamentos] y el silencio dañoso del antiguo régimen, hubo de adoptarse el temperamento medio».

ejemplo, SANTAMARÍA DE PAREDES dice que contra los reglamentos «inconstitucionales» [léase ilegales] caben los recursos *directos* «de acudir en virtud del derecho de petición»⁷⁸ ante las Cortes o el Rey, para que aquéllas como órganos del poder legislativo, al que corresponde la interpretación auténtica, declaren que el reglamento es contrario a la ley y exijan la responsabilidad ministerial, o para que la Corona, en uso de la suprema potestad ejecutiva y de la facultad de separar los Ministros haga que éstos lo modifiquen o les pida la dimisión»⁷⁹. Según este autor, también existen los recursos *indirectos*, y aquí distingue entre aquel que tiene el ciudadano que incumple un reglamento ilegal de someterse a los Tribunales para que estos le absuelvan del delito de desobediencia, y aquel recurso, «seguramente el más práctico en favor del particular», «que por primera vez admitió la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888 en su artículo 3º», pues, aunque «el particular no pueda pretender la derogación del reglamento, tiene sí, el medio de que no le perjudique, provocando una resolución administrativa sobre el caso concreto, y acudiendo luego contra ella en vía contenciosa, sosteniendo que el reglamento es inaplicable en aquel caso por estar en contradicción con la ley de la cual se deriva su derecho»⁸⁰. CALVO SOTELO, por su parte, menciona entre los «recursos contra los reglamentos»: el «recurso de petición», «el de someterse a la protección de los Tribunales» para que «se absuelva al reclamante del delito de desobediencia», «la denuncia criminal» por el delito de usurpación de funciones y «los recursos de responsabilidad civil» pertinentes contra funcionarios, jueces y magistrados⁸¹.

Son dos ejemplos más o menos representativos de la concepción que se tenía por entonces de los «recursos contra los reglamentos»⁸². La expresión poseía cierta fuerza literaria pero poca precisión conceptual⁸³. La palabra «recurso» era empleada con un significado que no se corresponde con el que en rigor hay atribuirle. En sentido técnico, hoy sólo cabe hablar de recurso contra un determinado acto cuando el recurrente puede formular la pretensión fundada y amparada por el Derecho de que se anule dicho acto, y aquél no era el caso, pues cuando se trataba de «recursos directos» era graciable

⁷⁸ Reconocido por el art. 13 CE de 1876, por entonces vigente.

⁷⁹ SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso...*, cit., p. 59.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

⁸¹ CALVO SOTELO, *Derecho político y administrativo*, 1927, pp. 186 y 187.

⁸² *Vid.*, en sentido similar, CABALLERO Y MONTES, J. M.^º, *Lo contencioso...*, cit., t. I, p. 210 y ss.; GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 1917, t. I, pp. 140 y ss.; POSADA, «Reglamento», *EJE*, 1917, t. XXVII, p. 163.

⁸³ Según BOQUERA OLIVER, «Los límites...», cit., p. 502, hablar de impugnación indirecta de reglamentos respecto del recurso previsto en el art. 3º LJ de 1888 «era un eufemismo. El único impugnado era el acto singular que aplicaba un reglamento viciado de ilegalidad».

para las Cortes o para el Monarca la revocación o modificación de la disposición ilegal⁸⁴, y en el supuesto de los «recursos indirectos» no podía obtenerse dicha modificación o derogación —anulación, diríamos hoy—⁸⁵.

En suma, la doctrina de la época utilizaba la expresión «recursos contra reglamentos» en un sentido que en la actualidad consideraríamos incorrecto. En vez de hablar de inaplicar reglamentos, se hablaba de impugnarlos indirectamente. No se tenía una idea exacta acerca del significado y alcance del mandato de inaplicación de las disposiciones generales. Acabamos de ver como SANTAMARÍA DE PAREDES consideraba que la posibilidad de someterse a los Tribunales para que éstos absolvieran del delito de desobediencia al ciudadano que incumplía un reglamento ilegal era un recurso indirecto contra éste distinto de aquel igualmente indirecto previsto en el artículo 3º LJ de 1888. Sin embargo, en ambos casos nos encontramos ante una misma realidad jurídica: la inaplicación judicial del reglamento ilegal en el asunto concreto enjuiciado. En los dos casos se prescinde del reglamento para juzgar la conformidad a Derecho de una determinada actuación, bien de un ciudadano, bien de la Administración.

En cambio, resultan acertados los razonamientos de numerosas Sentencias que anulan actos administrativos amparados por reglamentos que contradecían lo dispuesto en normas legales. Para motivar estas Sentencias se dice simplemente que las disposiciones reglamentarias «no pueden prevalecer» sobre los preceptos de carácter legislativo⁸⁶, que los reglamentos no tienen fuerza bastante para derogar las leyes, pues éstas sólo se derogan por otras posteriores⁸⁷, que «nunca puede concederse validez y eficacia a [cierto reglamento] contra los preceptos claros y terminantes de una ley»⁸⁸, que entre la norma legal y la reglamentaria «existe una antinomia cuya resolución debe inclinarse en favor de lo estatuido por la ley como precepto de superior autoridad»⁸⁹, y se cita el artículo 7º LOPJ⁹⁰, mientras que no se menciona, las

más de las veces, el referido artículo 3º LJ. Precepto que, obviamente, los Tribunales tampoco aducen cuando, para inadmitir o desestimar un recurso, inaplican un reglamento ilegal invocado por el recurrente⁹¹.

El significado deducido objetivamente del sistema jurídico que corresponde a una determinada realidad es posible que no coincida con el sentido que atribuyen a esa misma realidad los sujetos que operan con aquel sistema⁹². Es comprensible que, en ocasiones, esta discordancia pueda acabar distorsionando la propia realidad jurídica. Ya hemos visto que la jurisprudencia contencioso-administrativa anterior a la Ley de 13 de septiembre de 1888 se declaraba incompetente para inaplicar reglamentos ilegales argumentando que éstos no podían ser impugnados siquiera de un modo indirecto. La incorrecta equiparación de dos técnicas totalmente distintas, la del recurso y, en su caso, subsiguiente anulación de la disposición general, por un lado, y la de la impugnación de un acto singular e inaplicación del reglamento ilegal, por otro, prestaba cierta cobertura a una solución incoherente e ilógica en un Derecho en el que la ley era la norma jurídica suprema, a la cual quedaban subordinadas las disposiciones administrativas⁹³.

Algo parecido sucedió con la idea de que el artículo 3º LJ admitía un recurso, si bien indirecto, contra reglamentos, pues esta concepción contribuyó a la formación de una criticable interpretación jurisprudencial de ese precepto. Dicha jurisprudencia comienza, salvo error nuestro, con la STS de

⁸⁴ De «ilusorio» calificaba este recurso POSADA, «Reglamento...», cit., p. 163. CABALLERO Y MONTES, J. M.³, *Lo contencioso...*, cit., t. I, p. 217, reconocía que el recurso indirecto contemplado en dicho art. 3º era «más eficaz que el de acudir a las Cortes».

⁸⁵ GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., p. 84, se refería al «ineficaz, pudiéramos decir el irrisorio, recurso de responsabilidad ministerial».

⁸⁶ *Vid.*, entre otras, las SSTCont de 13-12-1890 (JCA 43, 296), 14-5-1897 (JCA 52, 169), 9-10-1897 (JCA 53, 36), 4-11-1897 (JCA 53, 55) y 24-11-1898 (JCA 55, 95) y la STS de 2-10-1916 (JCA 92, 32).

⁸⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTCont de 3-6-1890 (JCA 43, 156), 18-3-1892 (JCA 45, 137), 7-7-1892 (JCA 45, 342), 5-12-1892 (JCA 45, 479), 5-10-1902 (JCA 61, 48) y 5-7-1902 (JCA 63, 11) y la STS de 13-3-1916 (JCA 91, 90).

⁸⁸ STCont de 7-10-1891 (JCA 44, 280). *Vid.*, también, la STCont de 13-11-1902 (JCA 63, 83) y las STSS de 8-5-1911 (JCA 81, 168) y 21-11-1913 (JCA 84, 79).

⁸⁹ STCont de 29-1-1902 (JCA 33, 60).

⁹⁰ *Vid.* la STS de 24-6-1904 (JCA 67, 15). La STS de 3-2-1930 (Ar. 2487) declara que «las leyes sólo se derogan por otras, según dispone el art. 5 CC.;..., el artículo 7º LOPJ

prohíbe aplicar los Reglamentos u otras disposiciones cualesquiera que sean que estén en desacuerdo con las leyes; y además, la doctrina de esta Sala,..., tiene declarado que si hay pugna entre la ley y los Reglamentos, los Reales Decretos y las Reales órdenes, aquélla debe siempre prevalecer»; «a mayor abundamiento, la Real orden impugnada, adolece de un vicio esencial que la invalida, por hallarse en abierta oposición y notoria antinomia con lo determinado en el Real decreto-ley», y alude a lo dispuesto en el antiguo art. 4 CC que declaraba nulos los actos contrarios a la ley. En sentido similar, *vid.* las SSTs de 10-6-1930 (Ar. 2891), 28-2-1931 (Ar. 3258), 7-10-1931 (Ar. 3529), 16-11-1931 (Ar. 3598), 28-6-1933 (Ar. 3243), 14-10-1934 (Ar. 1595), 4-10-1934 (Ar. 1585) y 9-1-1935 (Ar. 131).

⁹¹ *Vid.*, entre otras, las SSTSCont de 27-12-1890 (JCA 43, 314), 26-12-1891 (JCA 44, 437), 11-5-1895 (JCA 48, 158), 16-3-1899 (JCA 56, 71), 8-1-1901 (JCA 60, 11), las SSTs de 10-1-1906 (JCA 71, 7), 3-6-1911 (JCA 81, 203) y 11-12-1911 (JCA 82, 117) y el ATS de 30-9-1912 (JCA 84, 27).

⁹² *Vid.* Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, (trad. Vernengo), 1995, pp. 16 y 17.

⁹³ POSADA HERRERA, *Lecciones...*, cit., t. I, pp. 59 y 60, señalaba como «el poder administrativo era un poder de ejecución, que estaba encargado de llevar a efectos las leyes que emanaban del legislativo y que con este fin le concedía la Constitución la facultad de dar reales órdenes, reales decretos y reglamentos; pero éstos es necesario que se conformen al espíritu de la ley, que conozcan la tendencia del legislador, que no sirvan en lugar de medios para cumplirla, de un medio para eludir sus disposiciones. Sobre la relación entre ley y reglamento en el siglo XIX en España, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, 1971, pp. 30 y ss.

10 de enero de 1941 (Ar. 86), que desestima el recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de un reglamento por estimar que éste había sido consentido por el recurrente y que, por ende, había adquirido firmeza. Se argumentaba que el particular debía haber impugnado, al mismo tiempo que el acto de aplicación, la disposición general ilegal en la que aquél se fundamentaba. Como el particular no lo hizo así, había que entender que la consintió y que, por consiguiente, luego no podía impugnar los actos que la aplicaban. El Tribunal Supremo irá perfilando esta nefasta doctrina en resoluciones posteriores. Dirá que en estos casos la incompetencia del Tribunal ha de estimarse de oficio, puesto que se trata de una cuestión de orden público⁹⁴ e, hipervalorando de un modo muy discutible las formas, exigirá para admitir el recurso que se consigne «en el texto de la súplica de los escritos de interposición y de formalización, y ello de manera nominal y expresa, que es motivo de litigio, no sólo la resolución concreta, sino también el precepto administrativo general en que se funda»⁹⁵.

«En pocas ocasiones han sufrido nuestras salas de lo contencioso-administrativo más duras críticas» que las desencadenadas por esta jurisprudencia⁹⁶. Resulta difícil averiguar cuáles fueron las causas que provocaron la aparición de la misma, pero creemos que la equivocada idea del recurso indirecto contra reglamentos tuvo buena parte de la culpa. Si se admitía que recurrir los actos dictados en aplicación de una disposición general era, en realidad, recurrir ésta⁹⁷, no era del todo descabellado exigir que se la impugnase expresamente y, en caso contrario, entenderla consentida.

Pero no se trataba de un recurso, ni siquiera de uno indirecto, contra reglamentos. Se trataba, simplemente, de que los Tribunales tenían que decidir cuál de entre dos normas contradictorias, una legal y otra reglamentaria, debía servir como criterio para enjuiciar la conformidad a Derecho de

⁹⁴ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 8-5-1942 (Ar. 648) y 25-5-1943 (Ar. 598).

⁹⁵ STS de 5-7-1949 (Ar. 982), que resume esta jurisprudencia, ya consolidada por entonces. La STS de 14-3-1955 (Ar. 891) llega a inadmitir el recurso porque faltaba la impugnación del reglamento en el súplico del escrito de interposición, aunque no en el de la demanda.

⁹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, p. 670. Las críticas son de CLAVERO ARÉVALO, «El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local», *RGLJ*, t. XXII, 1951, pp. 5-50, y GARRIDO FALLA, «La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 6, 1951, pp. 223-237.

⁹⁷ Vid., por todas, la STS de 28-11-1932 (Ar. 2973), que afirma que «sólo al mediar una concreta aplicación del citado Real Decreto al concesionario de la adjudicación, podrán impugnarse las normas de aquél como infractoras de la ley en que se originaron los derechos del actor», y la de 28-11-1946 (Ar. 1316), que dice que «las disposiciones de carácter general son impugnables en los límites, forma y términos autorizados por el art. 3º LJ de 1888.

un acto administrativo. Entonces, debían aplicar la legal y prescindir de la reglamentaria, no sólo porque era la solución lógica y conforme con el principio de jerarquía normativa, sino también porque lo imponía expresamente la LOPJ a la sazón vigente, y ello con independencia de lo que alegaran las partes. De hecho, el Tribunal Supremo procedió correctamente en alguna ocasión aislada, cuando, en vez de entender que estaba resolviendo la impugnación indirecta de un reglamento, se interrogaba por el Derecho aplicable al caso concreto que se le planteaba⁹⁸.

Todavía hoy, la idea del recurso indirecto sigue produciendo efectos perniciosos. Los órganos encargados de resolver las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra determinados actos y de anularlos cuando éstos incurran en «infracciones del ordenamiento jurídico» (art. 40.2.b RPREA), se consideran, sin embargo, incompetentes para ello cuando la infracción deriva de la aplicación de un reglamento contrario a Derecho. La razón aducida es que «el ámbito de la vía económico-administrativa no alcanza a la ilegalidad o inconstitucionalidad de las normas reguladoras de los tributos, por estar limitado, única y exclusivamente, a los actos de aplicación de los mismos»⁹⁹; los Tribunales Económico-Administrativos son incompetentes «para pronunciarse sobre la impugnación de las disposiciones de carácter general, al ser ésta una materia reservada a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»¹⁰⁰. Ciertamente, estos órganos jurisdiccionales son los únicos competentes para resolver recursos contra normas reglamentarias y anularlas, pero ello no quiere decir que ostenten el monopolio de inaplicarlas. Seguramente, ha influido en esta censurable doctrina la idea de que recurrir un acto dictado al amparo de una norma ilegal supone impugnarla indirectamente.

c) La inaplicación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956

a) La reacción legislativa frente a una jurisprudencia censurable

La Ley de 27 de diciembre de 1956 constituyó un hito histórico en nuestro sistema de justicia administrativa. Uno de los avances más importantes que trajo consigo fue la posibilidad de impugnar directamente dentro de cierto plazo y anular, con efectos generales, cualesquiera reglamentos dictados por cualquier Administración, recogiendo de este modo una solución ensayada anteriormente en la legislación de régimen local.

⁹⁸ Vid. las SSTs de 12-6-1945 (Ar. 885), 17-5-1949 (Ar. 633), que declara que «carece de eficacia cualquier disposición que por su rango no pueda derogar ninguna de las prescripciones de la Ley», y 17-4-1951 (Ar. 924).

⁹⁹ RTEAC de 27-3-1998 (Ar. 723).

¹⁰⁰ RTEAC de 1-7-1992 (Ar. 352). Vid., con más detalle, *infra*, IX.3.A).c).

Esta Ley de 1956 también se preocupó de señalar en los apartados 2 y 4 de su artículo 39 que era admisible la impugnación de los actos dictados en aplicación de disposiciones administrativas, fundada en que las mismas no eran conformes a Derecho. Y ello con independencia de si la disposición en cuestión había o no había sido recurrida directamente e, incluso, de si se había desestimado el recurso directo por considerar en su momento un Tribunal que la disposición era legal¹⁰¹. Además, en su Exposición de Motivos se dejaba bien claro que no era exigible «al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual, declarar formalmente recurridas las normas que aplique» (apartado IV.3). Lo que el legislador pretendía era patente: rectificar aquella jurisprudencia producida en relación con el mal llamado «recurso indirecto contra reglamentos»¹⁰². La LJ de 1956 introdujo con carácter general el recurso «directo» contra reglamentos con el fin, según se decía en su Exposición de Motivos, de salvaguardar la jerarquía de las fuentes, pero, a la vista de la jurisprudencia comentada, también se cuidó mucho de que ello no perjudicara en nada la posibilidad de impugnar los actos de aplicación del reglamento. Posibilidad que en la mayoría de los casos constituía —y constituye— la mejor garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados¹⁰³. Estos preceptos acabaron con una doctrina jurisprudencial inadmisibles —que, por cierto, ha resucitado en alguna ocasión¹⁰⁴—, pero plantearon otros problemas.

b) *Ilegalidades determinantes de la inaplicación*

Un reglamento puede padecer diferentes vicios según sea el elemento del mismo —contenido, procedimiento de elaboración, forma, etc.— contrario a la ley. Cabe repetir aquí las consideraciones hechas en relación con el artículo

6º LOPJ, pues la redacción del artículo 39.2 LJ de 1956 tampoco distinguía entre diversos tipos de infracciones a efectos de inaplicar el reglamento ilegal. Únicamente requería que el recurso contra el acto dictado en aplicación de la correspondiente disposición general se fundara en que ésta no era conforme a Derecho, y esto sucede cuando el contenido de la misma es ilegal, pero también, por ejemplo, cuando ha sido elaborada sin seguir los trámites fijados legalmente para ello o dictada fuera del plazo marcado por la ley.

A pesar del tenor literal del mencionado precepto, el Tribunal Supremo ha entendido en repetidas ocasiones que los vicios de procedimiento de las disposiciones reglamentarias no son alegables, en principio, con ocasión de los recursos interpuestos contra los actos que las aplican. Dicho de otra forma, los vicios de procedimiento de un reglamento no lo hacen inaplicable. Esta jurisprudencia ha sido censurada por numerosos autores que, por lo general, la estimaban carente de base legal. Ciertamente, dicha doctrina jurisprudencial no quedaba amparada por el tenor del artículo 39.2 LJ, pero el criterio gramatical no es el único válido para interpretar las normas jurídicas. Fijémonos en los antecedentes legislativos del precepto citado así como en la aplicación que se les dio.

De la redacción del artículo 3º LJ de 1888 se desprende que únicamente debía inaplicarse la norma reglamentaria cuyo contenido fuese ilegal¹⁰⁵. Decir que un reglamento infringe una ley y que los actos dictados como consecuencia del mismo lesionan derechos reconocidos legalmente equivale a afirmar que el contenido de éste contradice el de la norma legal.

En la realidad, la principal causa de la inaplicación de los reglamentos fue, sin duda alguna, la ilegalidad de su contenido. Pero también se inaplicaron disposiciones aquejadas de otros defectos:

La STS de 27 de febrero de 1874 (JCA 25, 48) inaplicó una disposición debido a que «carecía de fuerza obligatoria por no haber sido promulgada en debida forma». Y la de 29 de mayo de 1878 (JCA 30, 60) inaplicó un reglamento que «no se promulgó hasta..., por cuyo motivo careció hasta esa fecha de ese requisito esencial sin el que no pudo producir efectos legales». Posteriormente, otras resoluciones inaplicaron normas administrativas que padecían el mismo defecto de forma: la falta de publicación¹⁰⁶.

¹⁰¹ Las SSTs de 10-7-1986 (Ar. 4536) y 3-10-1986 (Ar. 5296) anularon actos dictados en aplicación de un reglamento que consideraron ilegal, a pesar de que la STS de 7-6-1982 (Ar. 3616) había desestimado un recurso «directo» interpuesto contra el mismo. Vid., también, la STS de 26-2-1998 (Ar. 1413).

¹⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 20; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, p. 667 y 671.

¹⁰³ Así se dice en el ap. IV.3 de la EM de la LJ de 1956.

¹⁰⁴ La STS de 27-2-1964 (Ar. 1135) niega la posibilidad de discutir la legalidad de una disposición general con ocasión de un recurso interpuesto contra un acto dictado en aplicación de la misma, porque no se había agotado la vía administrativa contra dicha disposición. La STS de 19-6-1974 (Ar. 3287) niega que pueda discutirse la legalidad de una norma reglamentaria aplicada por un acto, porque sólo éste había sido impugnado formalmente. Las SSTs de 27-3-1971 (Ar. 1468) y 24-9-1980 (Ar. 3277), comentadas, respectivamente, por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «¿Desaparece el recurso contra reglamentos?», *RAP*, 65, 1971, pp. 143-158, y COCA VITA, «Primer acto de aplicación y otros obstáculos procesales rehabilitados», *RAP*, 93, 1980, declaran que sólo puede impugnarse el primer acto de aplicación de un reglamento.

¹⁰⁵ DE ASÍS ROIG, «Los efectos de la omisión del dictámen del Consejo de Estado», *PJ*, 16, 1989, p. 30.

¹⁰⁶ La STCont de 1-6-1894 (JCA 47, 179) dice que «no es aplicable a este caso ni a otros análogos la Real Orden..., en que se funda el acuerdo impugnado, ya porque no habiendo sido promulgada carece de fuerza obligatoria». La STS de 30-4-1906 (JCA 71, 153) declara que cierta disposición «no ha sido promulgada, y faltándole requisito tan esencial, carece de toda eficacia legal y no debe ser creída y usada», y la de 7-7-1906 (JCA 72, 81) dice que «las Reales órdenes citadas por las partes, por no haber sido publicadas en la Gaceta de Madrid, no pueden servir de fundamento a un Tribunal

De otro lado, el Tribunal de lo Contencioso-administrativo inaplicó en varias ocasiones una disposición dictada por cierta Delegación provincial debido a que aquella «no tiene valor alguno, porque las atribuciones de las oficinas provinciales no alcanzan a dictar resoluciones de carácter general para interpretar los reglamentos»¹⁰⁷. El Tribunal Supremo anuló una orden de demolición dictada en aplicación de un bando, debido a que éste «no obliga a nada ni a nadie, porque carece de la aprobación del Gobernador;..., dicho bando es nulo y carece de fuerza obligatoria,..., porque esto es materia de la competencia del Ayuntamiento con la Junta de asociados, y el bando fue sólo acordado por el Ayuntamiento»¹⁰⁸. Dicho Tribunal también inaplicó varias veces un reglamento que se excedía de la ley que desarrollaba «estableciendo un nuevo impuesto y cuotas de tributación distinto en su esencia y naturaleza al creado por aquella, para lo que carece de atribuciones la potestad reglamentaria de la Administración, limitada a desenvolver, aplicar e interpretar la ley en armonía perfecta y absoluta con sus principios, pero sin serle lícito establecer preceptos que no estén esencial y sustancialmente contenidos en ella por los que vengan a gravarse la propiedad o las personas con cargas que no tengan su fundamento y consignación en aquella»¹⁰⁹. Inaplicó una Real Orden que incorporaba a determinadas personas a Montepío, pues esta regulación, en virtud de cierto Decreto-Ley, sólo por norma legal podía ser establecida¹¹⁰. Y lo mismo hizo con una ordenanza local de exacciones cuya aprobación había sido denegada por el Delegado de Hacienda¹¹¹. Aquí también se trataba de una disposición reglamentaria viciada de incompetencia, puesto que este Delegado no aprobaba dichas normas, sino que, en realidad, las dictaba él. Su intervención no era una aprobación en sentido técnico, sino la manifestación de voluntad que determinaba el contenido de la ordenanza perfeccionándola¹¹². Prueba de ello es que lo que se impugnaba ante los

para hacer declaraciones de derechos». Vid., también, las SSTs de 23-10-1907 (JCA 74, 53), 30-4-1908 (JCA 75, 176), 22-6-1910 (JCA 79, 203) y 6-2-1913 (JCA 85, 39). Algunas de estas Sentencias son comentadas por BERMEJO VERA, *La publicación de la norma jurídica*, 1977, pp. 90 y ss., que nota como éstas utilizan incorrectamente el término promulgación para referirse a la publicación.

¹⁰⁷ Vid. las SSTCont de 28-2-1895 (JCA 48, 71), 27-5-1895 (JCA 48, 174), 14-10-1895 (JCA 49, 61), 4-11-1895 (JCA 49, 85), 5-11-1895 (JCA 49, 86) y 5-11-1895 (JCA 49, 88).

¹⁰⁸ STS de 15-1-1907 (JCA 73, 16).

¹⁰⁹ Vid., entre otras, las SSTs de 21-6-1913 (JCA 85, 207-211), 23-6-1913 (JCA 85, 212), 6-10-1913 (JCA 86, 35 y 36), 2-12-1913 (JCA 86, 109), 5-5-1914 (JCA 87, 161) y 3-6-1916 (JCA 91, 188).

¹¹⁰ Vid. las SSTs de 21-2-1919 (JCA 97, 70), 10-3-1919 (JCA 97, 101) y 24-5-1919 (JCA 97, 199).

¹¹¹ Vid. las SSTs de 18-2-1930 (Ar. 2811) y 13-5-1942 (Ar. 663).

¹¹² Vid. BOQUERA OLIVER, «La aprobación de las ordenanzas municipales», *Principios Políticos de la Vida Local*, 1969, t. IX, pp. 152 y ss., que se refiere a la regulación

Tribunales no era el acuerdo aprobado o desaprobado sino el acto del Delegado que aprobaba o rechazaba las ordenanzas¹¹³. Hay que concluir, pues, que aquella ordenanza no había sido dictada por el órgano competente para ello.

En resumen, hasta 1956 sólo habían sido inaplicados reglamentos que padecían vicios de contenido, de incompetencia o que no habían sido debidamente publicados. Únicamente una vez inaplicó el Tribunal Supremo ciertas disposiciones generales elaboradas con omisión de un trámite preceptivo, pero hay que tener muy presente que las mismas eran, además, ilegales en cuanto a su contenido¹¹⁴.

Podría pensarse que la intención del legislador de 1956 al redactar el mencionado artículo 39.2 era permitir la inaplicación de los reglamentos que fueran ilegales por vicios distintos del de contenido, lo que antes parecía no ser posible. Pero, a nuestro juicio, la redacción dada a ese precepto, que recogía el llamado «recurso indirecto» ya contemplado en la LJ de 1888, tenía por finalidad adaptarlo a la nueva concepción de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en el sentido de que a partir de entonces ya no se requería para estimar el recurso contencioso que el acto recurrido lesionase un derecho subjetivo, sino que bastaba que dicho acto infringiese de cualquier manera el ordenamiento jurídico¹¹⁵, infracción que, en aquel supuesto, debía tener su origen en la aplicación de un reglamento ilegal. Ello no implicaba necesariamente que todas las ilegalidades de los reglamentos debían recibir el mismo tratamiento. De hecho, como ya hemos comprobado, el problema de los reglamentos viciados en cuanto a su procedimiento de elaboración era un problema que en el año 1956 prácticamente todavía no se había planteado en el Derecho español. En suma, tampoco el estudio de los antecedentes históricos del precepto comentado nos da una respuesta clara o decisiva acerca del sentido que deba dársele en este punto.

Se hace necesario, pues, acudir a otros elementos interpretativos para averiguar si todas las ilegalidades padecidas por un reglamento, también las

contenida en la Ley de Régimen Local de 24-6-1955, que en este punto es un trasunto de la contenida en el Estatuto Municipal que aplican las SSTs mencionadas (p. 156); vid. también, EMBID IRUJO, *Ordenanzas...*, cit., pp. 208 y ss. y 428 y ss.

¹¹³ Vid. el art. 323 del Estatuto Municipal y la STS de 25-5-1940 (Ar. 596).

¹¹⁴ La STS de 18-4-1935 (Ar. 886) inaplica ciertas disposiciones reglamentarias elaboradas sin la audiencia preceptiva del Consejo de Sanidad porque «la omisión de tan importante garantía lleva consigo, sin necesidad de otras consideraciones que el hecho motiva, la nulidad de las resoluciones impugnadas»; y porque mediante esas disposiciones «se hace desaparecer un Cuerpo de funcionarios que estaba amparado por la Ley de Sanidad», y se afectan «a los derechos de los médicos de baños que reclaman, amparados en disposiciones nacidas de la ley».

¹¹⁵ Vid. el ap. IV.5) de la EM de la LJ de 1956 y su art. 83.2, equivalente al art. 70.2 de la vigente LJ.

de procedimiento, determinaban la inaplicabilidad de éste. Veamos cómo se han pronunciando la jurisprudencia y la doctrina sobre este punto.

a") Jurisprudencia

La postura inicial de la jurisprudencia fue favorable a la inaplicación de los reglamentos que padecían únicamente vicios de procedimiento. Todavía relativamente reciente la Ley de 1956 citada, el Tribunal Supremo inaplicó en diversas ocasiones un reglamento en cuyo procedimiento de elaboración se había omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado¹¹⁶. Con posterioridad, algunas Sentencias del Tribunal Supremo han inaplicado reglamentos aquejados únicamente de vicios de procedimiento, en concreto, de la omisión de los informes del Consejo de Estado¹¹⁷ o de la correspondiente Secretaría General Técnica¹¹⁸. Todas y cada una de estas Sentencias inaplican el reglamento ilegal porque —dicen— el correspondiente vicio determina la nulidad de pleno derecho o radical de aquél, y no dan otro argumento.

Mención aparte merece la STS de 12 de marzo de 1997 (Ar. 1788), que inaplica una ordenanza fiscal por presumir que su contenido era ilegal, presunción basada en un vicio de procedimiento de la ordenanza. El actor recurría unas liquidaciones giradas en concepto de tasas alegando que los tipos fijados reglamentariamente en cuya aplicación se habían emitido esas liquidaciones eran excesivamente altos y determinaban unas cuotas tributarias muy superiores al coste real y efectivo del servicio prestado, lo que estaba prohibido por la ley. Se alegaba, por tanto, un vicio de contenido de la disposición «indirectamente» impugnada. Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que la omisión de la preceptiva «evaluación económica y financiera del coste y rendimientos de los respectivos servicios y actividades» en el procedimiento de elaboración de la ordenanza determina que la carga de la

prueba acerca de la corrección del tipo aplicado corresponda a la Administración. Como ésta no aporta ningún elemento probatorio acerca de la corrección del tipo, se anulan las liquidaciones recurridas¹¹⁹.

La postura contraria a inaplicar reglamentos elaborados con vicios de procedimiento se inaugura con la STS de 23 de junio de 1973 (Ar. 2731). También aquí el recurrente pedía la anulación de un acto dictado en aplicación de un reglamento tachado de ilegal por haberse elaborado sin recabar el dictamen del Consejo de Estado. La pretensión fue rechazada porque «al combatir los actos de aplicación individual de las [disposiciones de carácter general] no cabe aducir las supuestas irregularidades del procedimiento seguido para dictarlas, por cuanto que se trata de vicios que no producen la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo¹²⁰ y si tan sólo la posible anulación a través del recurso contencioso administrativo directo»¹²¹. Esta jurisprudencia se reitera posteriormente en numerosas ocasiones, no sólo respecto de reglamentos estatales a los que se les achacaba la omisión del dictamen del Consejo de Estado¹²², sino también en relación con reglamentos dictados por otras Administraciones públicas distintas de la del Estado y afectados supuestamente por otros vicios de procedimiento¹²³. Las razones ofrecidas inicialmente para justificar la solución adoptada irán adquiriendo contornos más precisos, a la vez que se añadirán otras nuevas.

El argumento fundamental, la premisa sobre la que se asienta esta línea jurisprudencial, es que las ilegalidades que afectan al procedimiento de

¹¹⁶ Vid. las SSTs de 12-11-1962 (Ar. 4111), 6-6-1962 (Ar. 4464), 22-12-1962 (Ar. 4730), 22-12-1962 (Ar. 4731), 9-2-1963 (Ar. 300), 23-2-1963 (Ar. 690), 17-6-1963 (Ar. 3353), 6-12-1963 (Ar. 4908), 7-12-1963 (Ar. 5035), 27-5-1963 (Ar. 2350), 7-1-1964 (Ar. 47), 23-1-1964 (Ar. 100), 24-1-1964 (Ar. 103) y 28-1-1964 (Ar. 107), que inaplicaron cierto Reglamento de 29-12-1959. Advuértase el relativamente escaso periodo de tiempo transcurrido desde que se dictó el reglamento hasta que se impugnó el primer acto de aplicación del mismo.

¹¹⁷ Vid. la STS de 4-11-1975 (Ar. 4878) y varias SSTs que inaplican el RD 2950/1979; así, las de 14-11-1987 (Ar. 7881), 1-3-1988 (Ar. 1640), 21-7-1997 (Ar. 7733), 26-2-1998 (Ar. 1413) y 26-9-1998 (Ar. 667). Sin embargo, la STS de 21-1-1999 (Ar. 64) rectifica esta jurisprudencia producida sobre dicho RD.

¹¹⁸ Vid. la STS de 8-2-1989 (Ar. 990). Interesa subrayar que aquí se habían interpuesto dentro de plazo dos recursos, uno «directo» y el otro «indirecto», contra el mismo reglamento, si bien el «directo» había sido inadmitido por falta de legitimación del particular recurrente.

¹¹⁹ La STS de 9-1-1997 (Ar. 2379), de la misma Sala y Sección, desestima el «recurso indirecto» contra una ordenanza a la que se le achacaba haberse elaborado sin la mencionada «evaluación», debido a que «es doctrina reiterada de la Sala que en este tipo de recurso contra disposiciones generales sólo se pueden enjuiciar cuestiones de ilegalidad sustancial».

¹²⁰ Equivalente al art. 62 LPC.

¹²¹ El argumento es a mayor abundamiento puesto que esta STS y las anteriores de 25-2-1972 (Ar. 1022), 5-4-1972 (Ar. 1695) y 18-5-1972 (Ar. 2489) habían considerado que el mencionado dictamen no era preceptivo en este caso.

¹²² Destaca la numerosa serie de SSTs, alguna de ellas muy criticadas por la doctrina, relativas al D 3052/1966, de 17 de noviembre, sobre disciplina de mercado; vid., por todas, las SSTs de 17-3-1987 (Ar. 3774), 2-6-1987 (Ar. 5908) y 26-4-1988 (Ar. 3232), ilustrativas de los diferentes razonamientos utilizados. Vid., también, la STS de 4-12-1996 (Ar. 9065).

¹²³ Vid., entre otras, las SSTs de 23-9-1977 (Ar. 3540) y 9-1-1997 (Ar. 2379), respecto de ordenanzas municipales fiscales; la de 16-12-1994 (Ar. 9904), respecto de unos índices de valoraciones aprobados por un Municipio; las de 9-3-1987 (Ar. 3516), 21-3-1990 (Ar. 2247), 4-3-1992 (Ar. 3221) y 2-6-1993 (Ar. 4512), respecto de normas de planeamiento urbanístico; las de 20-11-1991 (Ar. 1991) y 23-1-1992 (Ar. 769), respecto de una disposición emanada por cierto Puerto Autónomo; la de 28-9-1994 (Ar. 7117), respecto de una OM elaborada con omisión del informe de cierta Comisión.

elaboración de un reglamento sólo determinan su nulidad cuando encajan en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos para los actos administrativos¹²⁴. Pues bien, los vicios que únicamente dan lugar a la anulabilidad, «al subsanarse por el transcurso de los plazos normales de impugnación, sólo pueden ser aducidos al atacar directamente la disposición reglamentaria en cuestión»¹²⁵. Dicho de otra manera, los vicios que causan la anulabilidad de las disposiciones reglamentarias sólo son alegables cuando se pretende la anulación de las mismas dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su publicación. Transcurrido dicho plazo, ya no puede discutirse la validez del reglamento en virtud, únicamente, de tales vicios¹²⁶. Pero también se ha tratado de justificar esta jurisprudencia con otros argumentos:

En algunas Sentencias se ha traído a colación el «principio de seguridad jurídica y el de conservación del ordenamiento vigente. Porque no se comprende muy bien que una norma que está en vigor durante varios años, veinte incluso,..., y que durante este tiempo no ha planteado problemas de legalidad, tenga que ser derogada [sería más correcto decir «inaplicada»] por la única y exclusiva razón de la existencia de un lejano vicio de forma»¹²⁷.

En segundo lugar, se ha hecho referencia a las dificultades con las que se encuentran los Tribunales a la hora de verificar el efectivo cumplimiento de los trámites legalmente exigidos en el procedimiento de elaboración de un reglamento en un proceso en el que lo que se está impugnando no es dicho reglamento sino un acto que lo aplica¹²⁸. Frente a esto, puede redargüirse que el cumplimiento de algunos trámites, por ejemplo, el del dictamen del Consejo de Estado, puede ser controlado a través del texto publicado de la correspondiente disposición reglamentaria¹²⁹. No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado al respecto que la legalidad por vicios de procedimiento de una disposición general «sólo puede normalmente alcanzarse mediante el adecua-

do y completo examen del expediente seguido en tal elaboración, no merced a la simple lectura de su preámbulo»¹³⁰.

También se ha dicho que ha de interpretarse restrictivamente el requisito para inaplicar las disposiciones reglamentarias establecido en el artículo 39.2 LJ consistente en que «tales disposiciones no [sean] conformes a Derecho». Y ello a causa del «excepcional acogimiento legal de ese recurso indirecto, de donde obligadamente se deduce que consiste tan sólo en la vulneración de una norma de carácter sustantivo, por supuesto de mayor rango,..., y no respecto de la formal o rectora del procedimiento que deba seguirse para su elaboración, entre otras razones por la elemental de que, si en el recurso indirecto se pudieran plantear con la misma amplitud idénticos motivos de invalidez sustantiva y formal que en el directo, carecería de sentido la distinción legal entre uno y otro y la exigencia de una especial legitimación para interponer este último, no requerida para aquél»¹³¹. Esta argumentación nos parece desacertada. De una parte, porque el «recurso indirecto» no tiene carácter excepcional sino que, por el contrario, los Jueces y Tribunales tienen el deber de inaplicar los reglamentos ilegales. De otra parte, porque el artículo 24.1 CE ha borrado las diferencias antes existentes entre disposiciones generales y actos administrativos en cuanto a la legitimación procesal para impugnarlos¹³². Y aunque las hubiese, no vemos qué consecuencias lógicas se desprenden de la regulación de la legitimación para recurrir reglamentos respecto del deber que tienen todos los Jueces y Tribunales de inaplicar los que sean ilegales.

b") Tesis doctrinales

Según algunos autores, hay ilegalidades que no hacen inaplicable al reglamento que las sufre.

BOQUERA OLIVER argumenta que sólo deben inaplicarse los reglamentos nulos, pero no los anulables ni tampoco los irregulares. Este autor estima que los vicios de procedimiento no siempre determinan la nulidad del reglamento, sino como regla general su anulabilidad y, en algunos casos, incluso, una mera irregularidad no invalidante¹³³.

Ricardo ALONSO GARCÍA, al tratar las consecuencias de la omisión del dictamen del Consejo de Estado que debe evacuarse para elaborar ciertas normas administrativas¹³⁴, llega a la conclusión de que es lógico establecer

¹²⁴ Vid., entre otras, la STS de 24-3-1987 (Ar. 3805), así como las de 25-3-1986 (Ar. 2965), 3-11-1986 (Ar. 7735), 17-3-1987 (Ar. 3774), 30-3-1987 (Ar. 4162) y 23-5-1988 (Ar. 3918).

¹²⁵ STS de 5-4-1974 (Ar. 1781).

¹²⁶ La STS de 23-9-1977 (Ar. 3540) dice que «la impugnación directa de las disposiciones de categoría inferior a la ley,..., está sometida, en cuanto al régimen de plazos, al art. 58 y concordantes de la LJ, de tal suerte que, si el recurso directo no se utiliza, las posibles irregularidades determinantes de anulabilidad quedan convalidadas, y sólo podrán esgrimirse ya, en el posterior recurso indirecto, como consecuencia de la primacía de la ley, y del principio de jerarquía de las normas, aquellas infracciones sustantivas en que la disposición reglamentaria pueda incurrir, por tratarse entonces de causas de nulidad de pleno derecho».

¹²⁷ SSTs de 26-4-1988 (Ar. 3232) y 11-5-1988 (Ar. 4497).

¹²⁸ Vid. las SSTs de 28-1-1986 (Ar. 71) y 18-11-1986 (Ar. 411/1987).

¹²⁹ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, «El juez...», cit., p. 97, y el art. 2.6 LOCE.

¹³⁰ STS de 10-6-1978 (Ar. 2170).

¹³¹ STS de 17-3-1987 (Ar. 3774).

¹³² Vid. el art. 19 LJ, el ap. V de la EM de la LJ y SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», cit., pp. 103 y ss.

¹³³ BOQUERA OLIVER, «Enjuiciamiento...», cit., pp. 32 y 33.

¹³⁴ Vid. el art. 21.6 y los aps. 2 y 3 del art. 22 LOCE.

«un límite temporal para alegar la omisión del dictamen del Consejo de Estado como aislado motivo de anulación, transcurrido el cual, se impondría el examen de fondo del Tribunal contencioso-administrativo para proceder a una hipotética anulación del reglamento»¹³⁵. El autor no aduce para fundamentar su tesis «el régimen de nulidades previsto para los actos administrativos, que en sí mismo nada tiene que ver, en principio, con el ejercicio por la Administración de la potestad reglamentaria»¹³⁶, sino los principios de economía procesal, conservación del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica¹³⁷. Por todo ello, defiende el autor que esta ilegalidad producirá la anulación del reglamento cuando se haga valer en el marco de un recurso directo contra el mismo pero no podrá alegarse con ocasión de su «impugnación indirecta», donde sólo deberá tenerse en cuenta la legalidad de su contenido¹³⁸.

Los autores que sostienen que cualquier vicio de una disposición general hace a ésta inaplicable¹³⁹ han aducido varias razones en defensa de su postura:

En primer lugar, el tenor literal del artículo 39.2 LJ de 1956, pues tan disconformes a Derecho son los reglamentos ilegales en cuanto a su contenido, como los viciados en su procedimiento o los dictados por un órgano incompetente¹⁴⁰. Pero repetimos aquí que para determinar el significado de ese artículo 39.2, y de tantos otros, no ha de atenderse exclusivamente al criterio gramatical, que en este caso concreto resulta insuficiente. El mero hecho de que la jurisprudencia no se ajuste estrictamente al tenor literal del precepto citado no permite afirmar que ésta contraviene el mandato constitucional de sujeción de Jueces y Tribunales al imperio de la ley¹⁴¹ o el que se dirige a los mismos para que controlen el ejercicio de la potestad reglamentaria¹⁴².

¹³⁵ ALONSO GARCÍA, R., *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, 1992, p. 87.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

¹³⁹ Entre otros, COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, 1998, p. 129; DE ASÍS ROIG, «Los efectos...», cit., pp. 40 y ss.; ESTEVE PARDO, «Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3 LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», RAP, 108, 1985, p. 217; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 216; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, p. 671; SÁNCHEZ GOYANES, «Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos (2ª parte)», RDU, 162, 1998, p. 685; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, 1996, pp. 354 y ss.

¹⁴⁰ *Vid.*, por todos, TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., pp. 356 y 357.

¹⁴¹ Como afirma TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 356.

¹⁴² *Ibidem*, p. 361.

Un segundo argumento sería el derivado del «elemental principio de jerarquía normativa», pues si se dicta un reglamento «sin respetar los trámites legalmente previstos para su elaboración, lo que se podría estar consagrando con la negativa a examinar los vicios formales en el recurso indirecto, es una posible derogación» de la ley que establece esos trámites¹⁴³. En nuestra opinión, y sin entrar a considerar si aquí se utiliza correctamente el concepto «derogación», el razonamiento anterior sólo vale para los vicios de contenido, pero no para los de forma o de procedimiento. Si los Tribunales se vieran obligados a partir de un determinado momento a aplicar el reglamento incompatible con una ley —viciado en su contenido—, ésta dejaría de ser obligatoria. Como no es posible aplicar simultáneamente ambas normas, cada vez que se aplicase el reglamento se estaría inaplicando la ley. Pero cuando se trata de un vicio de procedimiento no sucede lo mismo, ya que el reglamento ilegal puede ser aplicado sin que ello impida que la ley por él infringida deba observarse en lo sucesivo a la hora de elaborar otros reglamentos.

En tercer lugar, se ha dicho que la inobservancia del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales constituye un vicio de orden público, apreciable de oficio¹⁴⁴. Sin embargo, y como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha demostrado, hoy en día resulta inadmisibles la vieja jurisprudencia de los «vicios de orden público», que otorgaba esta calificación a cualquier defecto de forma de los actos administrativos¹⁴⁵. Por vicios de orden público hay que entender aquellos que debido a su extraordinaria gravedad determinan la nulidad del acto que los sufre, y es evidente que no todos los vicios de procedimiento o de forma de los actos administrativos son extraordinariamente graves y producen su nulidad¹⁴⁶. Decir que todos los vicios de procedimiento o forma de las disposiciones generales son de orden público es lo mismo que decir que tales ilegalidades siempre tienen una extraordinaria gravedad y que, por eso, conllevan siempre la nulidad. Precisamente, eso es lo que algunos autores argumentan: los reglamentos ilegales son en todo caso nulos de pleno derecho¹⁴⁷.

¹⁴³ TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 358.

¹⁴⁴ COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., p. 129; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, p. 671; SÁNCHEZ GOYANES, «Eficacia...», cit., p. 685; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 357.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, 1970, pp. 92 y ss. y 143 y ss.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 209 y ss.

¹⁴⁷ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 216, que añaden que «sería un error pensar... que el vicio de forma en los reglamentos no podría ser hecho valer más que a través del que luego llamaremos recurso contencioso-administrativo directo, que tiene un plazo de caducidad de dos meses; si así fuese,

La conclusión que podría obtenerse de lo expuesto sobre este problema es que para darle una respuesta cumplida hay que abordar dos grupos de cuestiones. En primer lugar, debe estudiarse si en nuestro Derecho puede hablarse de nulidad, anulabilidad e irregularidad no invalidante de los reglamentos y las diferentes consecuencias jurídicas que esta distinción comporta respecto de su inaplicación judicial. En segundo lugar, debe precisarse en qué medida el principio de seguridad jurídica exige que deban, o no, aplicarse los reglamentos viciados en cuanto al procedimiento establecido para elaborarlos. De hecho, hasta algún autor que combate la solución mayoritariamente adoptada por la jurisprudencia estima que «existen poderosas razones de seguridad jurídica que conducen» a dicha solución¹⁴⁸. Podemos anticipar que estas dos cuestiones están estrechamente relacionadas.

d) La inaplicación en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998

El Borrador de Anteproyecto de la LJ de 1994 admitía la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las disposiciones generales «fundada en que tales disposiciones, por razón de su contenido normativo son nulas de pleno derecho»¹⁴⁹. El Anteproyecto de la misma Ley de 16 de enero de 1995 y el posterior Proyecto de Ley de 30 de septiembre de 1995 sustituyeron la expresión «son nulas de pleno derecho» por «no son conformes a Derecho»¹⁵⁰.

El que sólo los vicios de contenido de las disposiciones generales pudieran fundar los «recursos indirectos» contra las mismas fue criticado por unos¹⁵¹ y alabado por otros¹⁵². SANTOS VIJANDE opina que esa limitación asumía la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual no era posible alegar en vía indirecta los vicios del procedimiento de elaboración del reglamento¹⁵³. No le falta razón a este autor, aunque debe resaltarse que dicho precepto no reflejaba con fidelidad la mencionada jurisprudencia. Lo que había afirmado el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones es que en esos «recursos indirectos» sólo podían alegarse los vicios de nulidad del reglamento, es decir, los de contenido, pero también los de incompetencia y los relativos a su publicación. En cambio, los vicios de anulabilidad —los de procedimiento, por regla general— no podían ser alegados. La redacción de aquel precepto era, pues, ciertamente desafortunada y, por consiguiente, merecedora de rectificación.

En los posteriores Anteproyecto, Proyecto y texto definitivo de la LJ de 1998 ha desaparecido la referencia a los vicios de contenido del reglamento cuando se regula el mal llamado «recurso indirecto»¹⁵⁴. Y ello a pesar de que cierto grupo parlamentario propuso que sólo fuese admisible la impugnación de los actos dictados en aplicación de disposiciones generales «fundada en que tales disposiciones, por razón de su contenido normativo o por falta de la preceptiva publicación no son conformes a Derecho»¹⁵⁵. Propuesta desacertada, y que tampoco reflejaba fielmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que también los reglamentos viciados de incompetencia venían siendo inaplicados al resolver los llamados «recursos indirectos». Del rechazo de esa enmienda se deduce que el legislador ha querido que no sólo los vicios de contenido y los relativos a la publicación del reglamento determinen su inaplicación. Ahora bien, el rechazo de esa enmienda no implica lógicamente la voluntad legislativa de establecer que todas las ilegalidades de un reglamento lo hagan inaplicable¹⁵⁶.

En realidad, la LJ de 1998 no ha introducido novedad alguna al respecto¹⁵⁷. Los apartados 1 y 2 de su artículo 26 reproducen prácticamente con las mismas palabras los apartados 2 y 4 del artículo 39 de la LJ de 1956. Ahora se dice que «además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho», y 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». Estos preceptos plantean, pues, las mismas cuestiones y dudas que los que les antecedieron.

En realidad, la LJ de 1998 no ha introducido novedad alguna al respecto¹⁵⁷. Los apartados 1 y 2 de su artículo 26 reproducen prácticamente con las mismas palabras los apartados 2 y 4 del artículo 39 de la LJ de 1956. Ahora se dice que «además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho», y 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». Estos preceptos plantean, pues, las mismas cuestiones y dudas que los que les antecedieron.

podría hablarse de que ese vicio determinaba sólo una mera anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho».

¹⁴⁸ TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 357.

¹⁴⁹ Vid. el art. 25.1 BALJ, antecedente del art. 26.1 LJ.

¹⁵⁰ Vid. el art. 25.1 ALJ de 1995 y el art. 25.1 PLJ de 1995.

¹⁵¹ PÉREZ MORENO, «Recurso contra reglamentos», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), 1995, pp. 138 y 139; COSCULLUELA MONTANER, en la «Intervención en el coloquio» subsiguiente a la obra anterior (p. 143).

¹⁵² MORILLO-VELARDE PÉREZ (p. 142) y GONZÁLEZ NAVARRO (p. 145), en sus intervenciones en el «coloquio» cit. en la n. anterior.

¹⁵³ SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 111, n. 115.

¹⁵⁴ Vid. los arts. 26.1 ALJ de 1997, 26.1 PLJ de 1997 y 26.1 LJ.

¹⁵⁵ Vid. la enmienda 284 formulada en el Congreso por el grupo parlamentario socialista (BOCG de 24-11-1997, Serie A, número 70-8).

¹⁵⁶ Como sostiene LAVILLA RUBIRA, «Actividad administrativa impugnada», *Jurisdicción contencioso-administrativa*, (dirs. Arnaldo Alcubilla y Fernández Valverde), 1998, pp. 545 y 546.

¹⁵⁷ Dice PEMÁN GAVÍN, «Sobre la nueva regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes del proceso», *PJ*, 54, 1999, p. 412, n. 14, que «la voluntad del legislador ha sido la de no posicionarse de modo rígido sobre este punto, dejando a la jurisprudencia la tarea de valorar la relevancia de los defectos procedimentales de las disposiciones generales».

3. LA ANULACIÓN JURISDICCIONAL DE REGLAMENTOS ILEGALES

La inaplicación no es el único tratamiento que se dispensa a los reglamentos ilegales en el seno del proceso, pues a partir de un determinado momento nuestro legislador ha reconocido a los ciudadanos la posibilidad de pretender ante los Tribunales su anulación.

A) *Inexistencia de recursos contencioso-administrativos contra reglamentos*

La primera jurisprudencia contencioso-administrativa consideraba que podían ser impugnados y, en su caso, anulados los actos administrativos singulares, pero no las disposiciones reglamentarias». Y ello a pesar de que el legislador nada decía expresamente acerca de tal diferencia de régimen jurídico entre los primeros y las segundas. Así, el RDS de 3 de noviembre de 1852 (JCA 5, 220) dice que «corresponde a la Administración activa dictar y reformar los reglamentos y órdenes generales, y que éstos no pueden ser modificados ni emanados por los Tribunales administrativos, porque ante ellos solamente se trata del derecho especial de los que litigan y no se pueden apreciar debidamente las consideraciones de interés común en que aquellas disposiciones se fundan».¹⁵⁸

La Ley del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860 vino a confirmar implícitamente esta solución al disponer que eran admisibles en la vía contenciosas las reclamaciones a que diesen lugar las «resoluciones particulares» de los Ministros (art. 46.2). *A sensu contrario*, se deducía que no lo eran las reclamaciones a que diesen lugar las disposiciones generales. Y así lo entendió la jurisprudencia.¹⁵⁹

La LJ de 1888 mantuvo tácitamente la imposibilidad de recurrir y anular con efectos generales las disposiciones generales, al permitir únicamente el recurso contra sus actos de aplicación, como ya vimos en su momento.¹⁶⁰

Diversos factores explican que hasta bien entrado el siglo XX no se reconociese a los Tribunales la competencia de anular reglamentos ilegales y a los ciudadanos la posibilidad de pretender esta anulación. CAAMAÑO ha señalado al respecto como el primer constitucionalismo no siente todavía la necesidad de un

¹⁵⁸ Vid., también, los RRDS de 27-12-1854 (JCA 5, 4), 9-1-1856 (JCA 5, 52), que afirma que «ni los Reales decretos ni las Reales órdenes orgánicas, reglamentarias o de instrucción son revocables por la vía contenciosa», y 22-6-1860 (JCA 9, 85), aunque estos dos últimos RRDS resolvían la impugnación de actos dictados en aplicación de reglamentos tachados de ilegales.

¹⁵⁹ Vid. las SSTs de 27-10-1870 (JCA 19, 25), 27-12-1870 (JCA 19, 87) y 15-3-1871 (JCA 19, 157).

¹⁶⁰ Vid. *supra*, II.2.B).

control jurisdiccional de las normas, ni siquiera de las reglamentarias, porque su preocupación capital es establecer con carácter incuestionable el Derecho nuevo sobre el viejo, sustituir el orden del antiguo régimen por otro nuevo; de ahí que no se perciba con claridad la distinción entre ley y reglamento y la superior jerarquía de la primera sobre el segundo.¹⁶¹ Este autor también alude a la desconfianza del legislador frente a los Jueces¹⁶² y al hecho de que la Administración sea juez de sus propios actos.¹⁶³ GUAITA estima que la concepción del reglamento como ley material contribuyó también a la exención judicial del mismo.¹⁶⁴ Hemos visto en otra sede como Alfonso GONZÁLEZ encontraba la explicación en la circunstancia de que la justicia administrativa estuviese retenida por los Ministros, titulares también de la potestad reglamentaria, que difícilmente iban a reconocer que habían incurrido en el delito de usurpación de atribuciones castigado por el Código penal. Así mismo, es un dato a tener en cuenta la tendencia de la jurisprudencia de la época a interpretar restrictivamente las normas que otorgaban a los ciudadanos acceso a la vía contenciosa.¹⁶⁵ Sin negar la mayor o menor influencia que hayan podido tener estos factores sobre la inmunidad jurisdiccional de la potestad reglamentaria, creemos que dos datos resultaron ser decisivos al respecto:

En primer lugar, la consideración de la potestad reglamentaria como potestad discrecional y, por consiguiente, y de acuerdo con la concepción de la época, exenta del control jurisdiccional.¹⁶⁶ De un lado, tenemos que no cabía recurso contencioso administrativo cuando la Administración obraba en el ejercicio de sus facultades discrecionales.¹⁶⁷ De otro, tenemos que esa potestad era —y es— la potestad discrecional por antonomasia.¹⁶⁸ La influencia de esta concepción queda patente en la motivación de varias resoluciones que inadmiten recursos contenciosos contra disposiciones generales.¹⁶⁹

¹⁶¹ CAAMAÑO, *El control...*, cit., pp. 36 y ss. y 55.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 29 y 30.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 36 y ss. y 67 y ss.

¹⁶⁴ GUAITA, «Control judicial y responsabilidad de la Administración», *Comentarios a las Leyes Políticas*, (dir. Alzaga Villaamil), 1985, t. VIII, p. 341.

¹⁶⁵ Vid., por todos, BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto...*, cit., pp. 145, 148, 236 y 237, 291 y ss.

¹⁶⁶ En el mismo sentido, CAAMAÑO, *El control...*, cit., p. 42; GUAITA, «Control...», cit., p. 341; NIETO GARCÍA, *Estudios...*, cit., p. 182.

¹⁶⁷ Vid., por todos, BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto...*, cit., *passim*.

¹⁶⁸ Según BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, 1998, pp. 55 y ss., se trata de la «potestad administrativa en la que la discrecionalidad tiene un mayor alcance y extensión» (p. 162). Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 449, es una potestad discrecional «por su propia naturaleza». En sentido similar, DE LA CRUZ FERRER, «Sobre el control...», cit., p. 67; PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho administrativo*, (con Jiménez Blanco y Álvarez Ortega), 1998, t. I, pp. 269 y 270.

¹⁶⁹ La STS de 19-1-1872 (JCA 21, 43) inadmite el recurso contra una disposición administrativa argumentando que ésta «es de carácter general, y en tal concepto,

En segundo lugar, la circunstancia de que sólo pudieran ser impugnados los actos lesivos de un derecho subjetivo preexistente del demandante¹⁷⁰. Difícilmente un reglamento lastima por sí sólo derechos subjetivos de los ciudadanos. Las disposiciones generales regulan normalmente el ejercicio de potestades administrativas, de modo que son las resoluciones singulares y concretas que resulten de la actuación de tales potestades las que en la absoluta mayoría de los casos dañan efectivamente tales derechos. La norma ilegal supone únicamente una amenaza de lesión que puede actualizarse a través de un acto singular. Por todo ello, es lógico que los reglamentos no fuesen recurribles en vía contenciosa. Y así quedó reflejado en la jurisprudencia, que inadmitió numerosos recursos contra disposiciones reglamentarias aduciendo que éstas no lesionaban derechos preexistentes, aunque a veces se añadían otras razones¹⁷¹.

Resulta significativo que el proceso contencioso-administrativo alemán, organizado conforme a un modelo «subjetivo», que busca sobre todo proteger los derechos de los ciudadanos¹⁷², haya acogido con grandes dificultades y limitaciones los recursos contra reglamentos¹⁷³. Una reciente reforma legislativa ha ahondado todavía más en este sentido, pues si antes se reconocía legitimación para recurrir a toda persona a la que el reglamento o su aplicación le hubiese causado un perjuicio o fuese de esperar que en un tiempo no lejano se lo produjese, ahora la referencia al simple perjuicio ha sido sustituida por la lesión de un derecho subjetivo¹⁷⁴. En cambio, el carácter «objetivo» del recurso por exceso de poder francés, en el que la protección de los derechos subjetivos del recurrente quedaba en un segundo lugar, detrás

como propia de las facultades libres y discrecionales del Gobierno, no es reclamable en la vía contenciosa». En sentido similar *vid.*, entre otras, la SCE de 11-11-1869 (JCA 17, 239) y las SSTs de 1-10-1870 (JCA 19, 8) y 27-10-1870 (JCA 19, 25).

¹⁷⁰ En sentido similar, CLAVERO ARÉVALO, «El recurso...», cit., p. 5 y ss.; ROYO VILLANOVA, Segismundo, *Problemas del régimen jurídico Municipal*, 1944, p. 212; GUAITA, «Control...», cit., p. 341. Aunque el RDS de 30-6-1847 (JCA 4, 1) admite —y estima— el recurso interpuesto por el titular de un simple interés legítimo, acabará consolidándose la solución contraria. Al respecto, *vid.*, por todos, BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto...*, cit., pp. 150 y ss. y 174 y ss.; NIETO GARCÍA, «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de los contencioso-administrativo», *RAP*, 57, 1968, pp. 25-28.

¹⁷¹ *Vid.*, entre otras, la SCE de 11-11-1869 (JCA 17, 239) y las SSTs de 8-3-1870 (JCA 18, 49) y 1-10-1870 (JCA 19, 8).

¹⁷² *Vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, 1993, pp. 89 y ss., y el prólogo de BULLINGER a este libro.

¹⁷³ *Vid.* BERG, «Alte und neue Fragen zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle», *DÖV*, 1981, pp. 889 y ss.

¹⁷⁴ *Vid.* el § 47.2 VwGO, redactado según la Sexta Ley de Modificación de la VwGO y otras Leyes, de 1-11-1996; RENCK, «Standortsicherung durch Normenkontrolle», *ZRP*, 1997, p. 49; REDEKER, K., VON OERTZEN y REDEKER, M., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1997, pp. 283 y ss.; SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1997, pp. 267 y ss.

de la defensa «objetiva» de la legalidad, facilitó la temprana admisión de la impugnación y anulación jurisdiccional de los reglamentos¹⁷⁵.

B) La aparición de recursos contencioso-administrativos contra reglamentos

La imposibilidad de recurrir y anular los reglamentos ilegales producía cierta insatisfacción entre la doctrina. En primer lugar, porque mantener viva y no eliminar la injusta amenaza que para los derechos de los ciudadanos suponían la existencia de un reglamento ilegal y su probable aplicación era contrario al principio de seguridad jurídica¹⁷⁶. En segundo lugar, porque, aunque difícil, era posible que un reglamento lesionara derechos concretos sin necesidad de un acto singular que lo aplicara¹⁷⁷. La denegación entonces del acceso a la vía contenciosa dejaba indefenso y desprotegido al ciudadano que había vistos lastimados sus derechos. Como señalaba Alfonso GONZÁLEZ, entonces sólo le quedaba al particular un camino para recabar el debido respeto a sus derechos «que es triste y casi vergonzoso proclamar, porque tiene muchos puntos de semejanza con la rebeldía»: el de resistir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la disposición general y recurrir contra las resoluciones coercitivas correspondientes esperando la inaplicación de la disposición¹⁷⁸. SANTAMARÍA DE PAREDES sostenía que en estos supuestos debía ser procedente el recurso contencioso¹⁷⁹, lo que el Tribunal Supremo admitió en alguna ocasión¹⁸⁰. Por último, se criticaba el hecho de que el particular tuviese que esperar a que la amenaza de lesión que representaba la norma ilegal se consumara, causándole perjuicios quizá irreparables, para poder reaccionar a través de un recurso contencioso «a más de incompleto, evidentemente tardío»¹⁸¹.

Lo insatisfactorio de la situación provocó que en alguna ocasión se intentara reformar la legislación para permitir la impugnación y anulación de disposiciones generales. En la LJ de 1888 estos intentos finalmente no cuajaron¹⁸², como tampoco obtuvieron éxito los esfuerzos dirigidos en el

¹⁷⁵ La consideración del reglamento como acto administrativo favorecería también la posibilidad de impugnarlo (*vid.* DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, 1968, pp. 406 y ss.).

¹⁷⁶ *Vid.* las muy lúcidas observaciones de GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., pp. 189 y 190.

¹⁷⁷ Sobre estos reglamentos, ESTEVE PARDO, «Los reglamentos...», cit., pp. 215-234.

¹⁷⁸ GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., pp. 191 y 192.

¹⁷⁹ SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso...*, cit., p. 68.

¹⁸⁰ *Vid.* las SSTs de 4-5-1918 (JCA 95, 161) y 29-10-1918 (JCA 96, 64).

¹⁸¹ GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., pp. 190 y 191.

¹⁸² El art. 3º del Proyecto de Ley propuesto en el dictamen del Congreso permitía la impugnación «directa» de reglamentos (*vid.* MARTÍN REBOLLO, *El proceso...*, cit., pp. 161 y 162, n. 34).

mismo sentido del llamado Proyecto Maura sobre la Administración local española¹⁸³, ni los del Proyecto de Constitución de 1929¹⁸⁴. Así mismo, fracasó el desarrollo de la previsión de la Constitución española de 1931, según la cual la Ley establecería un recurso «contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria»¹⁸⁵.

Cuando nuestro Derecho positivo reconoce por primera vez la posibilidad de recurrir y anular reglamentos ilegales, lo hace respecto de los dictados por los Municipios. Si la historia del Derecho administrativo es la historia de la lucha contra las inmunidades del poder¹⁸⁶, la historia de la progresiva limitación del poder público, resulta comprensible que un paso tan capital en este devenir como es el reconocimiento de la competencia de los Tribunales para anular reglamentos tuviese lugar respecto de los dictados por las Administraciones cuya posición era la más débil dentro del sistema de los poderes públicos del Estado. La resistencia que debía superarse era menor en el caso de los Municipios que en el de la poderosa Administración del Estado¹⁸⁷.

Así, el Estatuto Municipal de 8 de marzo 1924 estableció que el Fiscal de lo contencioso-administrativo, a instancia del Gobernador civil, podía impugnar ante los Tribunales las disposiciones generales adoptadas por los Municipios (art. 168). Y también contempló la posibilidad de que los vecinos interpusieran recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos de la

¹⁸³ Vid. EMBID IRUJO, *Ordenanzas...*, cit., pp. 188 y ss.

¹⁸⁴ El Proyecto de Constitución de 1929 contemplaba un «recurso por inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos o disposiciones de carácter general, publicados por el Poder ejecutivo» y atribuía el conocimiento de este recurso al Consejo del Reino (art. 103). El Proyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino regulaba dicho recurso en sus arts. 61 y ss. Vid. estos textos en SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, cit., t. II, pp. 53 y ss.

¹⁸⁵ Vid. el art. 101 CE de 1931. Los arts. 84 y ss. del Reglamento Orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales (D de 6-4-1935), excediéndose de lo establecido en la Ley de 14-6-1933 a la que desarrollaba, atribuyó a dicho Tribunal el conocimiento del referido recurso de ilegalidad. El D de 7-6-1935 declaró «nulos y sin valor ni efecto» aquellos preceptos. Al respecto, vid. ÁLVAREZ GENDÍN, *Manual de Derecho administrativo*, 1941, pp. 151 y 152.

¹⁸⁶ Parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha...», cit.

¹⁸⁷ Decía FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El sistema de plazo abierto para la impugnación de ordenanzas locales de exacciones», *REDA*, 1, 1974, p. 114, respecto de un problema relacionado con el nuestro, que «la superioridad de la Ley sobre el Reglamento y la nulidad de pleno derecho de los Reglamentos ilegales son dogmas que sólo despliegan la plenitud de sus efectos en el Derecho Administrativo Local. En el Derecho Administrativo Estatal su eficacia resulta desmentida en muchos casos y, siempre, drásticamente restringida...», el Derecho Administrativo es, en líneas generales, la disciplina jurídica del poder. Por eso la eficacia de la disciplina depende de la clase de poder sobre la que se aplica».

Delegación de Hacienda aprobatorios de ordenanzas de exacciones (art. 323)¹⁸⁸.

La Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 estableció que las ordenanzas municipales podrían ser objeto de un recurso administrativo de «extralimitación» interpuesto ante el Consejo de Ministros y que la resolución expresa o presunta de este recurso podía ser impugnada ante el Tribunal Supremo (arts. 220 y 230.b).

El texto articulado de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 dispuso que todas las ordenanzas y reglamentos municipales podían ser objeto de recurso contencioso-administrativo (art. 386.2)¹⁸⁹.

C) La anulación jurisdiccional de reglamentos durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956

a) El recurso «directo»

La LJ de 1956 establecía que las disposiciones generales dictadas por cualquier Administración pública podrían ser impugnadas «directamente» (arts. 39.1 y 41) y, en su caso, anuladas con efectos *erga omnes* por los Tribunales (arts. 83.2, 84.a y 86.2). La doctrina e, incluso, la Exposición de Motivos de esta Ley, hablaban del «recurso directo» contra disposiciones reglamentarias¹⁹⁰. El plazo que se establecía para su interposición era de dos meses, contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición en el diario oficial correspondiente, transcurridos los cuales el recurso era inadmisilible (aps. 1 y 3.b del art. 58). Así lo estimaban la jurisprudencia¹⁹¹ y la doctrina¹⁹². No parecía que aquí pudieran plantearse problemas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió en alguna ocasión el recurso directo una vez agotado el citado plazo de dos meses basándose en que la disposición recurrida era nula de pleno derecho y en el carácter imprescriptible

¹⁸⁸ Vid. EMBID IRUJO, *Ordenanzas...*, cit., pp. 205 y ss.

¹⁸⁹ Vid. CLAVERO ARÉVALO, «El recurso...», cit., *in toto*; ORTÍZ DÍAZ, *El recurso contencioso-administrativo en la nueva Ley de Régimen Local*, 1953, pp. 127 y ss. Dicho art. 386.2 se mantuvo en el Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 24-6-1955.

¹⁹⁰ Vid. el ap. IV.3) de la EM de la LJ de 1956 y, entre otros, ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., 1995, t. I, p. 284; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1997, t. I, pp. 217 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., 1994, pp. 546 y ss.

¹⁹¹ Vid., por ejemplo, los AATS de 30-10-1990 (Ar. 7799), 22-10-1991 (Ar. 7573) y 23-1-1992 (Ar. 100), así como las SSTs de 5-2-1997 (Ar. 959), 24-6-1997 (Ar. 6723), 24-7-1997 (Ar. 6726), 26-9-1997 (Ar. 8483), 13-10-1997 (Ar. 7533) y 20-5-1998 (Ar. 4178).

¹⁹² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1997, t. I, p. 222; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., 1994, pp. 765 y ss.

de la acción de nulidad¹⁹³. Esta solución, tal vez por contrariar de modo evidente el tenor literal de los preceptos en los que se establecía aquel plazo, no acabó de consolidarse en la jurisprudencia, ni tampoco fue acogida por la doctrina¹⁹⁴.

Algunos autores estimaban que podía pretenderse la anulación judicial de las disposiciones generales una vez transcurrido el plazo de los dos meses citado por vías distintas de la del recurso contemplado en el artículo 39.1 LJ de 1956. Estos caminos eran el «recurso indirecto» y la impugnación del acto resolutorio de la de revisión de oficio del reglamento cuestionado.

b) La anulación del reglamento con ocasión de recursos interpuestos contra actos dictados a su amparo

No nos parece que el legislador de 1956 tuviese la intención de permitir la anulación de los reglamentos ilegales por esta vía. En nuestra opinión, el legislador quiso introducir un recurso contra disposiciones reglamentarias, fijando para su interposición el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su publicación oficial, y, al mismo tiempo, conservar el antiguo recurso susceptible de entablar contra los actos que las aplicaban¹⁹⁵, recurso este último que nunca permitió la anulación de la disposición ilegal. De todas formas, la interpretación de las normas jurídicas debe desentrañar cual es la *voluntas legis*, que no siempre coincide con lo que está en la *mens legislatoris*.

a') Jurisprudencia

La STS de 25 de enero de 1961 (Ar. 476) anuló ciertos actos administrativos dictados al amparo de una norma reglamentaria ilegal, pero en cambio afirmó que no era posible declarar con alcance general la nulidad de ésta porque no se trataba de una acción ejercitada contra la misma sino contra las resoluciones dictadas en su aplicación. Quedaba abierto un interrogante: ¿qué hubiese sucedido si el recurrente hubiese pretendido también la anulación del reglamento ilegal, es decir, si hubiese acumulado ambos recursos?

¹⁹³ Vid. las STS de 24-10-1986 (Ar. 5315) de 20-2-1996 (Ar. 1274) y 1-2-1997 (Ar. 743), todas ellas desestiman luego los correspondientes recursos. La misma doctrina, aunque en relación con actos singulares, mantiene la STS de 24-10-1994 (Ar. 10116) y las citadas por ALONSO IBÁÑEZ, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, 1996, pp. 296 y ss.

¹⁹⁴ Así, por ejemplo, la STS de 17-7-1987 (Ar. 7528) inadmite el recurso interpuesto contra una disposición a pesar de que el recurrente alegaba que ésta era nula y que, por lo tanto, no podía convalidarse por el simple transcurso del tiempo. La STS de 25-3-1992 (Ar. 3391) inadmite el recurso interpuesto extemporáneamente, pese a que el actor alegaba la nulidad de pleno derecho, que «no está sujeta a plazo alguno», de la disposición recurrida.

¹⁹⁵ En sentido similar, la STS de 25-2-1961 (Ar. 2377).

La jurisprudencia que acabó por consolidarse negaba, en principio, la posibilidad de anular reglamentos con ocasión de los recursos interpuestos contra sus actos de aplicación¹⁹⁶. El razonamiento era el que sigue. La LJ de 1956 establecía para recurrir o pretender la anulación jurisdiccional de los reglamentos un plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la publicación oficial de los mismos. En principio, no había ninguna dificultad para acumular los recursos contra la norma y contra los actos que la aplicaban¹⁹⁷. Pero si ya habían transcurrido aquellos dos meses, debía inadmitirse el recurso contra el reglamento¹⁹⁸. De hecho, el Tribunal Supremo llegó a decir que las disposiciones reglamentarias adquirían firmeza una vez transcurrido el correspondiente plazo sin que se las hubiera recurrido¹⁹⁹ y, en una ocasión, condenó en costas al recurrente por la «temeridad» de pedir la anulación de una disposición ilegal inaplicada repetidas veces por ese mismo Tribunal²⁰⁰. También encontramos Sentencias en las que se decía, simplemente, que la Ley no contemplaba esta posibilidad²⁰¹ o que resultaba suficiente la inaplicación del reglamento²⁰².

Sin embargo, hay ejemplos de una línea jurisprudencial contraria a la expuesta. Así, la STS de 25 de septiembre 1961 (Ar. 2989) «declara la invalidez» de una disposición reglamentaria al resolver un recurso interpuesto contra un acto dictado al amparo de la misma, aunque no expresa por qué anula el mencionado reglamento en vez de inaplicarlo simplemente. La STS de 27 de enero de 1990 (Ar. 562) admite un recurso contra una ordenanza municipal acumulado al interpuesto contra un acto que la aplicaba, pese a que habían transcurrido más de dos meses desde el día siguiente al de su publicación oficial. Se dice que «la pretensión ejercitada va dirigida a que se analice una nulidad radical, supuesto que no cabe entender sujeto a un plazo»²⁰³.

¹⁹⁶ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 20-2-1985 (Ar. 1184), 28-2-1985 (Ar. 789), 8-7-1986 (Ar. 3864), 28-4-1987 (Ar. 4499), 22-7-1993 (Ar. 5601), 22-7-1996 (Ar. 6307), 19-2-1998 (Ar. 1400) y 14-6-1999 (Ar. 6272).

¹⁹⁷ La STS de 5-4-1988 (Ar. 2614) estima dos recursos acumulados contra un reglamento y contra un acto de aplicación del mismo, interpuestos dentro del plazo previsto en el art. 58 LJ 1956.

¹⁹⁸ Vid. las SSTs de 30-6-1971 (Ar. 3234), 28-2-1985 (Ar. 789), 8-7-1986 (Ar. 3864), 24-10-1986 (Ar. 892/1987), 8-2-1989 (Ar. 993) y 18-12-1991 (Ar. 9339).

¹⁹⁹ Vid. la STS de 20-10-1978 (Ar. 3069), que inaplica una disposición reglamentaria pero no la anula por entenderla «firme y consentida» al haber transcurrido 26 años desde su publicación.

²⁰⁰ Vid. la STS de 10-1-1990 (Ar. 1982).

²⁰¹ SSTs de 28-2-1985 (Ar. 789), 28-4-1987 (Ar. 4499) y 12-6-1990 (Ar. 4817).

²⁰² STS de 16-6-1986 (Ar. 3416).

²⁰³ No obstante, esta STS desestima ambos recursos.

En los *obiter dicta* de algunas Sentencias²⁰⁴, se afirmaba que la LJ de 1956 preveía dos vías para recurrir reglamentos ante los Tribunales: la «impugnación directa inmediata» y la «impugnación directa, pero diferida». La primera tenía un carácter excepcional, pues el legislador, por razones de «prudencia»²⁰⁵, sólo otorgaba legitimación para utilizarla, en principio, a ciertas personas (art. 28.1.b LJ), y, si en algún caso se la reconocía a las restantes (art. 39.3 LJ), éstas debían interponer previamente un recurso administrativo de reposición²⁰⁶; además, dicha impugnación debía producirse dentro de un breve plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación del reglamento. En el caso de la impugnación «directa, pero diferida», como aquí ya no existían las razones de prudencia al haberse aplicado ya la disposición reglamentaria, los ciudadanos podían recurrir ésta junto con el acto de aplicación sin necesidad de cumplir los requisitos a los que se condicionaba la «impugnación inmediata»²⁰⁷. Para fundamentar esta sugestiva construcción jurisprudencial, se decía que el «legislador, según se desprende de lo expuesto en el Preámbulo de la Ley Jurisdiccional, lejos de considerarlas incompatibles [la impugnación directa diferida y la del acto de aplicación], ha pensado, incluso, en la posibilidad de exigir, como obligatoria, su acumulación, dejándola a voluntad del interesado, legitimado para interponer el recurso sólo contra el acto individual»²⁰⁸. Pero esta interpretación resulta insostenible pues lo que en ese Preámbulo hizo el legislador es condenar y proscribir para el futuro una inadmisible jurisprudencia que se venía produciendo en relación con la impugnación de los actos dictados en aplicación de los reglamentos ilegales y que exigía que tanto en el escrito de interposición como en el suplico de la demanda se recurriera expresamente la disposición impugnada²⁰⁹.

²⁰⁴ La STS de 11-10-1968 (Ar. 4121) resolvía un recurso «directo», la de 5-5-1969 (Ar. 2506) anuló los actos recurridos, que vulneraban no sólo la ley, sino también el reglamento presuntamente ilegal, y la de 2-6-1969 (Ar. 3320) desestimó el recurso interpuesto.

²⁰⁵ Vid. el ap. III.3 de la EM de la LJ de 1956.

²⁰⁶ Así lo entendieron las SSTs de 19-1-1959 (Ar. 177), 27-4-1959 (Ar. 2386) y 9-3-1961 (Ar. 1479).

²⁰⁷ Vid. la STS de 5-5-1969 (Ar. 2506).

²⁰⁸ Vid. la STS de 11-10-1968 (Ar. 4121) en relación con el ap. III.3 de la EM de la LJ de 1956, que decía que «el no ejercicio de la facultad de impugnación directa no obstará al recurso frente a los actos que se dictaren en aplicación de las disposiciones, fundado, en que éstas no son conformes a Derecho; sin que sea exigible, al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual, declarar formalmente recurridas las normas que aplique».

²⁰⁹ Como ya vimos, así lo entendían GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 20; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, pp. 667 y 671.

Lo cierto es que de la «impugnación directa pero diferida» de los reglamentos no aparecía rastro alguno en el texto de la LJ de 1956. Si hubiese estado en la mente del legislador introducir tal novedad, éste se hubiese cuidado mucho de aclarar bajo qué condiciones cabía impugnar «directa pero diferidamente» un reglamento, como se cuidó mucho de precisar los términos en los que admitía por primera vez la impugnación de cualesquiera disposiciones generales y la influencia que ello podía tener sobre los recursos contra los actos de aplicación de las mismas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo contrasta con la del Constitucional, que ha anulado varias disposiciones reglamentarias al resolver recursos de amparo interpuestos contra actos administrativos que las aplicaban²¹⁰. No obstante, debemos advertir que en el proceso de amparo se pueden hacer valer las pretensiones dirigidas a restablecer y *preservar* los derechos y libertades por razón de los cuales se formuló el recurso (art. 41.3 LOTC). Además, la sentencia que otorga el amparo puede: declarar la «nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos» (art. 55.1.a LOTC); así como restablecer al recurrente «en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» (art. 55.1.c LOTC). Es claro que la anulación de un reglamento puede ser una medida necesaria para *preservar y conservar* un derecho lesionado por un acto dictado en aplicación de un reglamento²¹¹. Si se anula el acto, pero no el reglamento, se restablecerá al recurrente en la integridad de su derecho o libertad, pero con ello no se evitará que el reglamento vuelva a ser aplicado con posterioridad por la Administración²¹² y de esta forma se lesione de nuevo el mismo derecho. En cambio, las pretensiones que podían hacerse valer ante los Tribunales contencioso-administrativos y las facultades de éstos no eran tan amplias como las que acabamos de ver, según se desprendía de la letra de la LJ de 1956²¹³. Ello quizás explique por qué la jurisprudencia constitucional comentada no fue acogida por el Tribunal Supremo²¹⁴.

²¹⁰ Vid. las SSTC 7/1990, de 18 de enero, 32/1990, de 26 de febrero, 61/1990, de 29 de marzo, y 78/1990, de 26 de abril. Al respecto, vid. CAAMAÑO, *El control...*, cit., pp. 147 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», *REDA*, 66, 1990, pp. 279-291; SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, 1998, pp. 67 y ss.

²¹¹ CAAMAÑO, *El control...*, cit., pp. 162 y 163; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La eliminación...», cit., p. 289; SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., pp. 85 y ss.

²¹² Según la STS de 10-1-1990 (Ar. 1982), el reglamento inaplicado queda «formalmente subsistente».

²¹³ Vid. los arts. 41, 42 y 84 LJ de 1956.

²¹⁴ Según TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 390, esta jurisprudencia vulneraba el art. 5º.1 LOPJ.

b') *Doctrina*

Un sector de la doctrina sostenía que los reglamentos ilegales podían ser anulados con ocasión de los recursos interpuestos contra sus actos de aplicación²¹⁵. El primer autor que afirmó esta posibilidad fue GARCÍA-TREVIJANO FOS, que distinguía entre la impugnación indirecta del reglamento y la inaplicación del mismo. En el caso de la primera, contemplada en el artículo 39.2 LJ de 1956, «se impugna el acto y el reglamento a la vez, si bien éste indirectamente», y «al sostenerse que el reglamento es nulo de pleno derecho, además de anularse, si procede, el acto impugnado, debe anularse aquél. De este modo se depura el ordenamiento»²¹⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA ofreció poco después otros argumentos a favor de esta posibilidad: la misma es normal en los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, lo que constituye un claro indicio de que estamos frente a una regla común en los procesos contra normas jurídicas; las ilegalidades de los reglamentos constituyen vicios de orden público, que determinan la nulidad de pleno derecho del reglamento y que pueden ser declarados, incluso de oficio, por los Tribunales, y ello aunque el plazo establecido para la impugnación de aquél haya transcurrido; en tercer lugar, razones de economía procesal justifican la eliminación del reglamento viciado, una vez comprobada su ilegalidad, con el fin de evitar una absurda multiplicación de procesos individuales para anular uno a uno la indefinida serie de actos aplicativos²¹⁷. TRAYTER JIMÉNEZ añadía otras razones: el mantenimiento del reglamento ilegal inaplicado e inaplicable era contrario al principio de seguridad jurídica, contribuía a la aparición de sentencias contradictorias y, con ello, a la desigualdad entre los ciudadanos y, finalmente, daba lugar a una dilación indebida en la obtención de la tutela judicial efectiva²¹⁸.

²¹⁵ Vid. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho administrativo*, 1968, t. I, p. 300; GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Legislación...*, cit., pp. 23 y ss., y en «La eliminación...», cit., pp. 279-291, aunque en «La lucha...», cit., pp. 199, n. 88, decía que el «recurso indirecto» «es un recurso contra actos, cuya decisión no alcanza normalmente fuerza erga omnes»; COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., 1996, p. 132; EMBID IRUJO, en «Nulidad de reglamentos decretada por medio de un recurso indirecto. Las ordenanzas de exacciones y el recurso de apelación», *REDA*, 17, 1977, p. 678 y en «Potestad reglamentaria», *NEJ*, 1993, t. XX, pp. 107 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, 1993, p. 352 y ss., n. 346; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., 1994, p. 552; SÁNCHEZ GOYANES, «Eficacia...», cit., pp. 685 y 686; SANTOS VILANDE, *El recurso...*, cit., *in toto*, esp. p. 141; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., pp. 371 y ss.

²¹⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado...*, t. I, p. 300.

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 18 y ss.

²¹⁸ TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., pp. 383 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ adoptaba una posición más matizada: el particular podía pretender la anulación del reglamento ilegal conjuntamente a la del acto que lo había aplicado. Y ello, aun en el supuesto de que hubiesen transcurrido ya dos meses desde el día siguiente a la publicación oficial del mismo, pues, «como la disposición general que infringe otras de superior jerarquía es nula de pleno derecho,..., esta nulidad comporta la imprescriptibilidad de la acción para hacerla valer»²¹⁹. Pero si no se había formulado esa pretensión, el Juez no podía anular el reglamento ilegal, ya que tal pronunciamiento hubiese supuesto una lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva al no existir un adecuado sistema de garantías en cuanto a emplazamiento y anuncio de la impugnación que permitiese a los afectados por la anulación personarse en el procedimiento y defender sus derechos e intereses legítimos²²⁰.

Obsérvese que la nulidad de las normas reglamentarias ilegales aparece, una vez más, como una pieza clave de su régimen jurídico. Esa nulidad era uno de los argumentos que con mayor peso justificaba, según determinados autores y alguna Sentencia del Tribunal Supremo, que tales normas pudieran ser anuladas a pesar de haber expirado el plazo de dos meses que marcaba la ley para impugnarlas. Esto aparece todavía con más claridad, si cabe, respecto del segundo camino que los ciudadanos podían seguir para pretender la anulación de un reglamento ilegal una vez transcurrido el referido plazo, y que seguidamente pasamos a comentar.

c) *La revisión de oficio de reglamentos y la «acción de nulidad»*

La revisión de oficio de los actos nulos cumple dos funciones. De un lado, posibilita que las Administraciones públicas, en cualquier momento y excepcionalmente²²¹, anulen sus actos declarativos de derechos viciados de nulidad sin necesidad de acudir a los Tribunales. De otro lado, pone a disposición de los ciudadanos una auténtica acción de nulidad contra actos firmes. El legislador viene sometiendo la impugnación de cualesquiera actos administrativos a fugaces plazos de caducidad²²², pero luego establece que ciertos actos administrativos ilegales son nulos, y recordemos que siempre se ha

²¹⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., 1994, p. 552.

²²⁰ *Ibidem*, p. 556. Aduciendo «el principio de congruencia procesal», llegaba a una solución similar GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., *La impugnación...*, cit., pp. 352 y ss., n. 346. BAENA DEL ALCÁZAR, «El control...», cit., p. 1378, señalaba que esta anulación no estaba exenta de problemas, sobre todo para las personas favorecidas por el reglamento anulado.

²²¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 643; BOQUERA OLIVER, en *Estudios sobre el acto administrativo*, 1993, pp. 446 y ss., y en *Derecho...*, cit., pp. 512 y ss.

²²² Vid. el art. 46.1 LJ de 1998 y el 58 LJ de 1956.

dicho que la acción de nulidad es imprescriptible²²³. Para salvar esta aparente incongruencia, y teniendo en cuenta que el procedimiento de revisión «de oficio» puede paradójicamente iniciarse a solicitud de interesado «en cualquier momento»²²⁴, la jurisprudencia y algunos autores han entendido que los ciudadanos pueden recurrir ante los Tribunales la resolución denegatoria de la revisión y, en definitiva, pedir la declaración de nulidad del acto revisado²²⁵. Esta interpretación dota de pleno sentido a las normas que califican de nulos a cierto actos administrativos.

Se ha planteado la duda de si las disposiciones generales ilegales pueden ser revisadas de oficio. En sentido afirmativo se pronunciaron tanto la jurisprudencia²²⁶ como la mayoría de la doctrina²²⁷ mientras estaba vigente la LPA de 1958. El artículo 109 de ésta —equivalente al 102.1 LPC—, daba argumentos para ello al decir que podían ser revisados los actos enumerados en el artículo 47 LPA, que en su primer apartado hacía referencia a los supuestos de nulidad de los actos de la Administración y en el segundo a los de las disposiciones generales. De hecho, en 1960 se reguló mediante una

²²³ Vid., por todos, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos administrativos*, 1991, p. 410 y ss.; GARRIDO FALLA, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, 1956, p. 206; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, 1972, pp. 195 y ss. Para BELADIEZ ROJO, «Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, 133, 1994, pp. 155 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, 1997, t. III, pp. 466 y 467, esto es lo que diferencia a la nulidad de la anulabilidad.

²²⁴ Vid. el art. 102.1 LPC, antes, art. 109 LPA.

²²⁵ Como ejemplo de esta jurisprudencia, gestada en relación con el art. 109 LPA, vid. las SSTs de 14-5-1965 (Ar. 2806), 28-11-1995 (Ar. 681/1996) y las citadas en CHINCHILLA, «La invalidez de los actos administrativos», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dir. Santamaría Pastor y Parejo), 1989, pp. 350 y ss. y 376 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 385 y ss. Después de la LPC, vid., por todos, GÓMEZ-FERRER MORANT, «La revisión de oficio», *La nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (eds. Leguina Villa y Sánchez Morón), 1993, p. 287.

²²⁶ La STS de 23-11-1992 (Ar. 9181) resuelve la impugnación de cierto reglamento iniciada «por el cauce de los arts. 109 y ss. de la LPA». Vid., también, las SSTs de 20-6-1961 (Ar. 3226), 15-2-1963 (Ar. 732), 21-11-1969 (Ar. 5059), 30-11-1979 (Ar. 4084), 7-6-1982 (Ar. 3616), 30-9-1984 (Ar. 6560), 12-3-1986 (Ar. 4091), 29-12-1986 (Ar. 1571), 15-4-1988 (Ar. 3073), 1-9-1988 (Ar. 7216), 24-4-1989 (Ar. 3227), 29-9-1990 (Ar. 7302), 7-5-1992 (Ar. 10673), 30-11-1992 (Ar. 9394), 14-12-1992 (Ar. 9979), 5-10-1992 (Ar. 3139) y 30-6-1995 (Ar. 5972).

²²⁷ Entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1980, t. I, 1997, pp. 199 y ss.; LAVILLA ALSINA, «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, 34, 1961, pp. 76 y ss. En cambio, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo. La justicia administrativa*, 1963, t. III, pp. 17 y 18, se mostraba contrario a dicha revisión por considerarla inútil.

Orden Ministerial el procedimiento de revisión de oficio de estas disposiciones²²⁸.

Después de la entrada en vigor de la LPC, algunos autores estimaban que los reglamentos ya no podían ser revisados de oficio²²⁹. Apoyaba esta conclusión la redacción originaria de su artículo 102.1 que, para fijar los actos susceptibles de revisión, se remitía sólo al primer apartado del artículo 62 —referido a los actos administrativos— y no al 62 en su conjunto —cuyo segundo apartado se refiere a las disposiciones generales nulas de pleno derecho—. El hecho de que en el curso de la tramitación parlamentaria de la LPC se rechazara una enmienda presentada en el Congreso por la que se proponía que aquella remisión lo fuera a los párrafos primero y segundo del artículo 67 muestra cuál fue la voluntad del legislador al respecto²³⁰. Otro dato que reforzaba esta tesis lo constituía el hecho de que la LPC había establecido que «contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa» (art. 107.3). Podría pensarse que el legislador, en un ejercicio de coherencia, había querido excluir toda posibilidad de revisar la legalidad de los reglamentos en vía administrativa. Suprimir aquellos recursos y admitir la «revisión de oficio» era un tanto inconsecuente, «máxime cuando esa revisión... puede tener lugar mediante solicitud de los interesados. ¿En qué se diferenciaría ésta de un recurso?»²³¹.

Sin embargo, el Consejo de Estado y numerosos autores sostenían que las disposiciones generales todavía podían ser revisadas.

Se dijo que esa posibilidad venía avalada por la subsistencia de la citada Orden Ministerial de 1960, que no había sido expresamente derogada²³². Este argumento no nos parece convincente. Dicha Orden únicamente establecía el procedimiento a seguir en el ejercicio de una potestad que debía encontrar su

²²⁸ Orden de la Presidencia del Gobierno de 12-12-1960, comentada por PÉREZ OLEA, «Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas», *RAP*, 34, 1961, pp. 311-318.

²²⁹ BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, 1994, p. 322, n. 6; ESPEJO MEANA, M.^a R., «Nulidad del Reglamento: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación», *RAndAP*, 12, 1992, p. 137; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., «Revisión de oficio de actos administrativos. Reclamación administrativa previa a las vías civil y laboral», en *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Pendás García), 1993, 655 y ss.; GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, 2000, pp. 364 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 1167 y ss.

²³⁰ Así lo advierte GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., «Revisión...», cit., p. 657.

²³¹ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 1169.

²³² Vid. CUCHILLO FOIX, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», *Administración pública y procedimiento administrativo*, (dir. Tornos Mas), 1993, p. 374; GÓMEZ-FERRER MORANT, «La revisión...», cit., pp. 289 y ss.; PÉREZ DE AYALA y SANZ GANDASEGUI, «Revisión de oficio», *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, p. 666.

fundamento en otra norma y, además, sólo regulaba el supuesto en el que dicho procedimiento se iniciara a instancia de un órgano de la Administración distinto del que había dictado el reglamento tachado de nulidad²³³. Por esta última razón, resulta ciertamente difícil fundamentar en la citada Orden una «acción de nulidad» de los ciudadanos contra los reglamentos ilegales.

La mayoría de la doctrina defendía la posibilidad de revisión con otros argumentos. Básicamente, se aducía que, al ser la nulidad de pleno derecho la sanción prevista para los reglamentos ilegales, éstos están llamados a ser expulsados del ordenamiento jurídico en cualquier momento²³⁴.

La Ley 4/1999, de modificación de la LPC, ha cerrado la polémica. El nuevo artículo 102.2 LPC dispone que, «en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, ..., podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2». Sin embargo, este procedimiento sólo puede iniciarse de oficio²³⁵. Ello resulta de interpretar *a sensu contrario* dicho precepto y contrastarlo con el 102.1 del mismo texto legal, que dice que los actos singulares podrán ser revisados «por iniciativa propia o a solicitud de interesado». Como afirma la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, la revisión de reglamentos «no opera, en ningún caso, como acción de nulidad».

²³³ De la misma opinión, AROZAMENA SIERRA, «Comentario al Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106). Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias», *RAP*, 140, 1996, p. 82. *Vid.* también el DCE de 30-11-1995 (RDL 67, pp. 378 y 379) y el voto particular del Consejero PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ (p. 381).

²³⁴ *Vid.* AROZAMENA SIERRA, «Comentario...», cit., pp. 79 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1997, t. I, pp. 215 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., 1997, t. II, pp. 1635 y 1636; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 279; SÁNCHEZ GOYANES, *Manual de Derecho administrativo*, (coord. Sánchez Goyanes), 1997, t. I, pp. 97 y 98; SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 64; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., pp. 274 y ss.; y el DCE de 30-11-1995 (RDL 67), con dos votos particulares firmados por varios Consejeros de Estado.

²³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. II, p. 2229; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho administrativo*, 1999, t. I, p. 243; FONT DE MORA, *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo*, (coord. Sala Sánchez), 1999, p. 412; DE LA QUADRA-SALCEDO, «La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos», *DA*, 254-255, 1999, pp. 228 y ss., que, no obstante, critica esta restricción. En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 221; XIOL RÍOS, «Revisión de disposiciones y actos nulos», *Comentarios a la Reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1999, p. 126.

D) La anulación de reglamentos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998

Esta Ley contempla tres vías a través de las cuales los órganos pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueden anular reglamentos:

En primer lugar, se mantiene intacta la denominada «impugnación directa» de disposiciones generales, si bien se elimina «todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior»²³⁶. Así, pues, los ciudadanos sólo pueden interponer este recurso, que se resolverá eventualmente con la anulación jurisdiccional de la disposición impugnada, en el plazo de «dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación» de la misma (art. 46.1).

Las dos restantes vías constituyen una novedad y hacen posible la anulación de reglamentos cuando ya ha expirado el plazo para interponer el recurso directo o éste ha sido desestimado. Ambas tienen en común que se anula una disposición general tras estimar un recurso «indirecto» contra la misma. La LJ quiere que el «recurso indirecto» contra reglamentos no termine simplemente con la inaplicación de los mismos, sino que, además, desencadene su anulación. Primero se inaplica y luego se anula.

El apartado 2 del artículo 27 LJ establece que el Juez o Tribunal que ha inaplicado una disposición reglamentaria ilegal en el marco de uno de estos recursos «indirectos» y que es competente para conocer de la impugnación directa contra aquélla debe anular la disposición inaplicada en la misma sentencia estimatoria del recurso indirecto. El apartado 3 de ese artículo dice que «el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma». Estos dos preceptos asumen, pues, las tesis propugnadas por un importante sector de la doctrina antes estudiadas.

El apartado 1 del artículo 27 dispone que, «cuando el Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiese dictado una sentencia firme estimatoria [del recurso indirecto] por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada» y no tuviese competencia para conocer del recurso directo contra esta disposición ni tampoco fuese el Tribunal Supremo, «deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición». Este último Tribunal decidirá sobre la validez o invalidez de la disposición cuestionada y, en su caso, la anulará²³⁷.

²³⁶ *Vid.* los arts. 25.1 y 26.1 LJ y el ap. V de la EM de la LJ.

²³⁷ Esta cuestión de ilegalidad se regula en los arts. 123 y ss. LJ. Sobre el debate doctrinal y parlamentario que precedió a esta solución legislativa, *vid.* SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., pp. 103 y ss.; VV.AA., *La Reforma del Proceso Contencioso-Adminis-*

Resulta curiosa la semejanza existente entre esta solución y la contemplada en 1929 por cierto Proyecto de Ley²³⁸.

Los preceptos mencionados han resuelto un problema —es claro que ahora pueden ser anuladas en cualquier momento las disposiciones reglamentarias ilegales—, pero plantean otros:

GONZÁLEZ PÉREZ ha señalado que la posibilidad contemplada en los apartados 2 y 3 citados supone una grave infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que se va anular una norma reglamentaria sin que se prevea el emplazamiento en el proceso —siquiera a través de un anuncio en el correspondiente periódico oficial— de las personas afectadas en sus derechos e intereses por dicha norma²³⁹.

Del tenor literal del artículo 27.1 LJ se desprende *a sensu contrario* que sólo los Jueces y Tribunales pertenecientes al orden Contencioso-administrativo pueden plantear una cuestión de ilegalidad. El problema es que a veces los órganos pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales inaplican reglamentos²⁴⁰ y que si esta inaplicación no va seguida de la anulación del reglamento, se plantean los mismos problemas —de inseguridad jurídica, desigualdad, multiplicación de procesos, dilación de la obtención de la tutela judicial— que el legislador ha querido solucionar con la cuestión de ilegalidad²⁴¹.

trativo, (coord. Pérez Moreno), 1995, pp. 137 y ss. y 229 y ss. Puede apreciarse que la LJ ha terminado por configurar la cuestión de legalidad tal como proponía TORNOS MAS, en esta última obra (pp. 234 y 235).

²³⁸ El art. 103 del Proyecto de Constitución de 1929 atribuía al Consejo del Reino la competencia para conocer de los recursos contra reglamentos. El art. 63 del Proyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino establecía que «siempre que, por virtud de recurso contencioso-administrativo entablado contra resoluciones administrativas particulares, dictadas como consecuencia de disposiciones de carácter general en que se infrinja una ley, se haya pronunciado sentencia firme en que se dé lugar a dichos recursos, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo enviará de oficio copia de la expresada sentencia al Consejo del Reino, a fin de que éste pueda adoptar, sin necesidad de recurso especial, sobre la validez del Reglamento o disposición de carácter general de que se trate, el fallo procedente» (SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, cit., t. II, pp. 54 y ss.).

²³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, en «El control jurisdicción de la legalidad. Planeamiento y la tutela jurisdiccional efectiva» [sic], *RDU*, 158, 1997, p. 1558, y en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, pp. 674 y 689.

²⁴⁰ Vid., por ejemplo, las SSTs (Sala 1ª) de 12-11-1951 (Ar. 2713), 8-5-1965 (Ar. 2520), 25-3-1967 (Ar. 1671), 5-3-1980 (Ar. 1110), 6-7-1985 (Ar. 3644) y 18-3-1996 (Ar. 2241) y las SSTs (Sala 2ª) de 19-2-1960 (Ar. 308), 16-10-1961 (Ar. 3377), 14-2-1964 (Ar. 1462) y 11-6-1971 (Ar. 2820).

²⁴¹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A., «Cuestión de ilegalidad», *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (coord. Pendás García), 1999, p. 493, propugna de *lege ferenda* que también dichos órganos puedan plantear cuestiones de ilegalidad.

La letra del artículo 27.1 LJ da a entender que sólo procede plantear la cuestión de ilegalidad cuando el reglamento inaplicado en el recurso «indirecto» es ilegal en cuanto a su contenido. La redacción de este apartado 1 resulta un tanto incoherente con lo establecido en los apartados 2 y 3 de ese mismo artículo 27, que no limitan expresamente la posibilidad de anular los reglamentos «recurridos indirectamente» a los que padezcan vicios de contenido²⁴². El estudio de los Anteproyectos y Proyectos de Ley que sirvieron de base para la elaboración de este artículo 27.1 tampoco aporta claridad acerca de la *ratio* del precepto.

Ya hemos visto que el Anteproyecto y el Proyecto de LJ de 1995 admitían la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las disposiciones generales «fundada en que tales disposiciones, por razón de su contenido normativo no son conformes a Derecho»²⁴³. Lo cierto es que estos textos se mostraban coherentes consigo mismos, pues todos ellos disponían que la cuestión de ilegalidad únicamente podía plantearse cuando el Juez estimare en el marco de un recurso indirecto que el contenido de la correspondiente disposición general era contrario al ordenamiento jurídico²⁴⁴.

También nos consta que en los posteriores Anteproyecto, Proyecto y texto definitivo de la LJ desaparece la referencia a los vicios de contenido del reglamento cuando se regula el mal llamado «recurso indirecto»²⁴⁵. No sólo los vicios de contenido de una disposición reglamentaria son susceptibles de fundar un recurso «indirecto» contra la misma. Por ello, resulta incongruente y desconcertante que se haya mantenido la referencia exclusiva a los vicios de contenido cuando se regula la cuestión de ilegalidad.

4. LA NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES

De cuanto llevamos expuesto se deduce que la nulidad constituye aparentemente la pieza clave del sistema, la llave maestra que permite resolver cuantos problemas plantea el régimen jurídico de los reglamentos ilegales. Saber en qué supuestos es nula una disposición general y qué consecuencias jurídicas se derivan de esa nulidad tiene una importancia de primer orden.

A) El contenido del régimen jurídico de nulidad

La teoría de la invalidez de los actos jurídicos se ha elaborado tomando como ingredientes básicos las categorías nulidad y anulabilidad. La LPC sólo

²⁴² Incoherencia advertida por SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 112, n. 115.

²⁴³ Vid. *supra*, II.2.B).d).

²⁴⁴ Vid. los arts. 26 BALJ, 26.1 ALJ de 1995 y 26.1 PLJ de 1995.

²⁴⁵ Vid. los arts. 26.1 ALJ de 1997, 26.1 PLJ de 1997 y 26.1 LJ.

menciona expresamente alguna de las consecuencias jurídicas que tradicionalmente se anudan a aquéllas²⁴⁶. Si se quiere dotar de coherencia y pleno sentido a esta regulación legislativa fragmentaria, habrá de entenderse que el legislador ha asumido implícitamente la «sustancia institucional» de ambas categorías²⁴⁷. Según la doctrina tradicional, gestada en el ámbito del Derecho privado y recogida luego por iuspublicistas, las diferencias entre nulidad y anulabilidad serían las siguientes²⁴⁸:

1ª) La ineficacia del acto nulo se produce *ipso iure*, sin necesidad de intervención judicial al respecto, mientras que los actos anulables producen efectos mientras no sean anulados. La sentencia que resuelve la impugnación de un acto nulo es, por consiguiente, declarativa, mientras, que si el acto es anulable, aquélla tiene carácter constitutivo. 2ª) Los actos anulables pueden ser convalidados pero no los viciados de nulidad. 3ª) La declaración de nulidad tiene efectos *ex tunc*, retroactivos, mientras que la anulación de un acto anulable produce efectos *ex nunc*, desde el momento de la anulación. 4ª) Los vicios de nulidad, al contrario que los de anulabilidad, pueden ser apreciados de oficio por el Juez. 5ª) La acción de nulidad puede ejercitarla cualquier persona que tenga interés en ello, mientras que la de anulabilidad está reservada a determinadas personas. 6ª) La acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier momento, es imprescriptible. En cambio, la acción para impugnar los actos anulables sólo puede ejercitarse dentro de un plazo preclusivo.

Estas diferencias han sido sometidas a una rigurosa crítica y revisión, sobre todo por parte de algunos iuspublicistas²⁴⁹, que han llegado a la conclusión de que la mayoría de ellas no tienen acomodo, por lo menos, en el Derecho administrativo español. Incluso se ha llegado a propugnar que la

²⁴⁶ Vid. los arts. 102 y 64-68 LPC. Así lo advierten, PARADA VÁZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 1999, p. 282. Lo mismo sucedía en la derogada LPA, como señaló SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 385 y ss.

²⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 387. En el Derecho civil, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1971, (reimpr. 1991, pp. 461 y 462), advierte que «la técnica jurídica ha ido perfilando una serie de tipos de ineficacia y son a ellos a los que se refieren las disposiciones legales, de modo expreso o tácito».

²⁴⁸ Mantiene esta doctrina tradicional, por ejemplo, ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 226 y 227. Entre los civilistas, vid. ALBALADEJO, *Derecho civil*, 1989, t. I, vol. 2º, pp. 453 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., pp. 472 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1993, t. I, pp. 445 y ss.

²⁴⁹ En la doctrina iusprivatista española, los intentos de revisión de esta doctrina son más recientes y tímidos; vid. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, 1997. En Alemania, vid. HÜBNER, «Zum Abbau von Nichtigkeitvorschriften», *Festschrift für F. Wieacker*, 1978, pp. 398-410.

teoría de la invalidez de los actos administrativos debería ser construida prescindiendo de los conceptos de nulidad y anulabilidad²⁵⁰.

Así, señalan varios autores que los actos administrativos, ya sean nulos o anulables, se presumen válidos y producen efectos desde que se dictan (art. 57.1 LPC) en tanto no se demuestre y se declare, judicial o administrativamente, que han vulnerado el ordenamiento jurídico²⁵¹. La ineficacia *ipso iure* o *ab initio* de los actos nulos es un mito²⁵². En realidad, «todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia en tanto no es privado de ella por un pronunciamiento judicial»²⁵³. «Habiendo un título o apariencia externa del acto, si las partes o una de ellas se amparan en él, será preciso que quien tenga interés en impugnarlo ejercite la correspondiente acción judicial»²⁵⁴.

Igualmente, se ha puesto de relieve que también pueden ser remediados los vicios que hacen a los actos nulos²⁵⁵ y que, si éste es el caso, carece de lógica prohibir la subsanación de los mismos²⁵⁶. Si pueden repararse los defectos de un acto —ya sea nulo o anulable—, de modo que éste se ajuste al ordenamiento jurídico y pueda cumplir el fin público que se le marca, no tiene sentido desautorizar esta posibilidad, más bien todo lo contrario. No obstante, de una interpretación *a contrario sensu* del artículo 67.1 LPC, que dice que la Administración puede subsanar los vicios de los actos anulables, se desprende que esta posibilidad está excluida para el caso de los nulos²⁵⁷.

También es criticable sostener que la declaración de invalidez de los actos nulos tiene carácter *ex tunc* y la de los anulables, *ex nunc*. Varios autores estiman que, si bien nulidad y anulabilidad determinan un diferente régimen jurídico procesal de la acción impugnatoria, esas diferencias ya no existen en el momento de declarar la invalidez del correspondiente acto y destruir sus efectos. Entonces, y en ambos casos, —sostienen— la lógica impone la desaparición de todos esos efectos. Si el acto es inválido, no importa si nulo o anulable, en principio no hay razón para mantener los efectos contrarios al ordenamiento jurídico por él producidos²⁵⁸. Esta regla general puede sufrir

²⁵⁰ BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 186 y 187.

²⁵¹ BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 160 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, pp. 217 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 172 y 174 y ss.

²⁵² BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 185 y ss.

²⁵³ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 172.

²⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 1987, t. I, vol. 2º, p. 941.

²⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, pp. 180 y ss. Respecto de los actos procesales, vid. DE LA OLIVA, *Derecho procesal civil*, (con Fernández), 1993, t. II, p. 125. Admiten la convalidación de los contratos nulos DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., pp. 485 y 486; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, cit., pp. 320 y ss.

²⁵⁶ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 242 y ss.; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375.

²⁵⁷ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375.

²⁵⁸ Vid. BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 161; GARCÍA-TREVIANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., pp. 398 y 399; GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E., «Efectos de la omisión del preceptivo

excepciones, pero no porque se trate de un acto nulo o anulable, sino porque así lo imponga algún principio jurídico —como, por ejemplo, el de seguridad, proporcionalidad o buena fe— que en el caso concreto tenga un mayor peso que el de legalidad²⁵⁹. El Tribunal Supremo ha otorgado en alguna ocasión carácter retroactivo a la anulación de un acto anulable, a pesar de que «en la doctrina, si no con unanimidad sí con habitualidad, se viene repitiendo que la nulidad de pleno derecho opera *ex tunc* en tanto que la anulabilidad juega *ex nunc*», pues «esta idea habrá que matizarla pero desde luego es de advertir que incluso en los supuestos en los que el vicio apreciado en el acto administrativo sea de anulabilidad no podrán mantenerse las consecuencias perjudiciales para el administrado que se hayan podido producir con anterioridad a la resolución judicial anulatoria»²⁶⁰.

Tampoco hay diferencias en relación con las facultades de Jueces y Tribunales a la hora de apreciar de oficio los vicios de nulidad o de anulabilidad de los actos administrativos. La regulación en nuestro Derecho es la misma en ambos casos²⁶¹.

La amplitud de la legitimación requerida para impugnar los actos nulos tampoco difiere de la que se exige en el caso de los anulables²⁶². La regla general es en los dos supuestos idéntica: debe invocarse la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que pueda verse afectado por la sentencia que se dicte en el proceso²⁶³.

La imprescriptibilidad de la acción para impugnar los actos nulos es, de todas las diferencias que tradicionalmente se decía que existían entre los regímenes de nulidad y anulabilidad, la única que se ha salvado de los ataques de la doctrina más crítica²⁶⁴. Esta diferencia está justificada. Resulta lógico

dictámen del Consejo de Estado», *RAP*, 118, 1989, p. 244; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 184 y 185. FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, 1933, p. 165, ya decía que las dos categorías «no se distinguen en sus efectos, sino meramente en el modo como se lleva a efecto la revocación del decreto viciado».

²⁵⁹ BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 161.

²⁶⁰ STS de 20-3-1990 (Ar. 2243). GARRIDO FALLA, en su voto particular a la STC 106/1999, de 14 de junio, advierte que la declaración de invalidez de un acto anulable puede tener efectos *ex tunc*.

²⁶¹ Vid. el art. 33.2 LJ y, respecto de los recursos administrativos, el art. 113.3 LPC. Así lo advierten BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., p. 169; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1589.

²⁶² Así lo advertía GARRIDO FALLA, *Régimen...*, cit., pp. 212 y 213.

²⁶³ Vid. los arts. 24.1 CE y 19 y ss. LJ y, para los recursos administrativos, el art. 31 LPC.

²⁶⁴ Consideran que ésta es realmente la única diferencia entre nulidad y anulabilidad: BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 163, 164, 170 y 171; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 466 y 467; INIESTA DELGADO y FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas», *REDC*, 59, 2000, p. 150 y 151; PARADA VÁZQUEZ, *Régimen...*, cit., pp. 282 y ss.

que los efectos producidos por los actos administrativos ilegales deban desaparecer y, para ello, los ciudadanos afectados dispongan de diversos medios que les permiten atacarlos y obtener su eliminación. Es evidente, también, que la seguridad jurídica exige que la posibilidad de impugnar dichos actos no se mantenga eternamente abierta. Esta tensión entre legalidad y seguridad se resuelve fijando un momento a partir del cual ya no puede discutirse la validez del acto administrativo. Hasta ese momento prima la legalidad; transcurrido el mismo, la seguridad jurídica. Pero hay actos que infringen de un modo extraordinariamente grave el ordenamiento, que afectan al llamado orden público²⁶⁵, de manera que resulta inaceptable que sus efectos jurídicos se consoliden por el simple transcurso de los plazos ordinarios fijados para su impugnación. Es inadmisibles, por poner un caso extremo, que deba cumplirse la orden de asesinar a una persona una vez expirado el plazo de dos meses marcado para interponer recurso contencioso-administrativo. Como en estos casos excepcionales las exigencias de la justicia material o legalidad cobran mayor intensidad que las de la seguridad jurídica, el Derecho permite que en cualquier momento puedan ser revisados y anulados estos actos aquejados de vicios extraordinariamente graves. En palabras del Tribunal Supremo, lo que «es radicalmente nulo, no lo puede convalidar el simple transcurso del tiempo»²⁶⁶. En sentido similar, dice el Consejo de Estado que «la sanción de nulidad absoluta, establecida para los reglamentos ilegales, los hace..., *perpetuamente* inválidos»²⁶⁷.

En resumen, la extraordinaria gravedad de ciertas ilegalidades justifica que en todo momento pueda ser atacado el acto administrativo que incurre en cualquiera de ellas. Los actos nulos no adquieren validez por el simple transcurso del tiempo. El fundamento de este régimen lo constituye la extraordinaria gravedad de los vicios de nulidad²⁶⁸.

B) La nulidad de los reglamentos ilegales en la legislación

a) Primeros pronunciamientos legislativos

El artículo 110.2 del Proyecto sobre Régimen de la Administración Local, redactado según el dictamen del Congreso de los Diputados de 3 de julio de 1907, ya decía que si en las ordenanzas «se consignaren preceptos contrarios

²⁶⁵ Sobre la conexión entre nulidad y orden público, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., pp. 209 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 271 y ss.

²⁶⁶ STS de 12-12-1978 (Ar. 801/1979).

²⁶⁷ DCE de 30-11-1995 (RDL 67); la cursiva es nuestra.

²⁶⁸ *Vid.*, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., pp. 220 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 187 y ss., 214 y 269. Por el contrario, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375, dice que «lo que la nulidad de pleno derecho tiene de diferente con respecto a la anulabilidad es producto, únicamente, de la voluntad de la ley».

a las Leyes del Reino, o lesivos del interés del Estado y los derechos de los vecinos, por aquellas leyes definidos y amparados, los tales preceptos se tendrán originariamente por nulos y no podrán convalidarse por el transcurso del tiempo, aunque contra ellos no se haya suscitado reclamación. Análoga limitación es aplicable a los reglamentos y bandos de policía y buen gobierno».²⁶⁹ Este artículo sorprende por su perfección técnica, pues lo esencial de la nulidad es que los actos nulos no se convalidan por el mero hecho de que nadie los haya impugnado dentro de determinados plazos. Pero lo que hay que resaltar, sobre todo, es que dicho artículo se refería únicamente a los vicios de contenido de las normas reglamentarias mencionadas, pero no, por ejemplo, a los de procedimiento. Decir que en una disposición administrativa se *consignan preceptos* contrarios a las leyes o lesivos del interés del Estado o de los derechos de los vecinos es lo mismo que afirmar que dicha disposición *contiene una regulación* contraria a las leyes o lesiva del interés o de los derechos mencionados.

El artículo 718.3 del texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 junio de 1955, decía que «serán nulos los preceptos de las Ordenanzas [de exacciones] que estén en manifiesta contradicción con lo dispuesto en la presente Ley». Los preceptos de un reglamento *contradicen* una ley cuando el contenido de aquél es contrario al de ésta, cuando lo que dice el reglamento es incompatible con lo que dice la ley. Este artículo sólo establecía que las mencionadas ordenanzas de contenido ilegal eran nulas.

El artículo 28 LRJAE de 1957 disponía que serían nulas las disposiciones administrativas que infringiesen lo establecido en los artículos «anteriores». Éstos regulaban la forma de manifestación de determinadas disposiciones generales (arts. 24 y 25), prohibían la emisión de reglamentos en ciertas materias (arts. 26, inciso segundo, y 27) y establecían que la Administración no podría dictar disposiciones contrarias a las leyes (art. 26, inciso primero) o que vulnerasen los preceptos de una disposición de grado superior (art. 23.1). Tales artículos abarcaban cualquier ilegalidad que pudiese padecer un reglamento, incluidas las relativas a su procedimiento de su elaboración, pues también entonces dicho reglamento es contrario a la ley, en concreto, a la que fija determinados trámites que hay que seguir para dictarlo.

No obstante, cabe razonablemente dudar de que esta Ley de 1957 hubiese querido sancionar con la nulidad a las normas administrativas viciadas en su procedimiento. Ello por la razón de que no es hasta 1958 cuando la LPA regula el «procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general» y establece un conjunto de trámites que la Administración del Estado debe observar para dictar cualesquiera reglamentos (arts. 129-132). Anteriormente,

²⁶⁹ Vid. este Proyecto en COSCULLUELA MONTANER y ORDUÑA REBOLLO, *Legislación sobre Administración local*, 1981, t. I, pp. 381 y ss.

te, el legislador disponía que debían cumplirse ciertas formalidades para dictar determinados reglamentos —v. gr., el informe del Consejo de Estado en el caso de los reglamentos ejecutivos de las leyes²⁷⁰—, pero no se tenía conciencia de que existiera un procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Así, se dijo que «esta materia carecía en la legislación española de precedente»²⁷¹, que la LPA establecía, «por vez primera en España, una serie de reglas constitutivas de un denominado procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general»²⁷². Hay, por lo tanto, razones fundadas para considerar que la LRJAE contemplaba, para sancionarlos con la nulidad, sólo a los reglamentos cuyo contenido fuese ilegal o dictados en ciertas materias o aquejados de ciertos y muy concretos vicios de forma²⁷³.

Poco después, el artículo 47.2 de la propia LPA dijo que las disposiciones generales eran nulas en los casos previstos en el artículo 28 LRJAE. De acuerdo con una interpretación literal de este precepto, la sanción para todas y cada una de las ilegalidades en que pudiese incurrir un reglamento era la nulidad. Si ésta fue la voluntad del legislador, lo cierto es que se estaba adentrando en *terra incognita*. Debe tenerse muy presente que la regulación contenida en la LPA sobre la invalidez de los actos administrativos fue precedida de una jurisprudencia relativamente abundante así como de la reflexión doctrinal²⁷⁴. Los Tribunales y, a continuación, los autores habían tenido numerosas ocasiones para ocuparse tanto de los vicios «materiales» de los actos administrativos, como de los vicios que afectaban al procedimiento seguido para dictarlos²⁷⁵, procedimiento cuya regulación legislativa superaba

²⁷⁰ Sobre la evolución histórica de este trámite, *vid.* MUÑOZ MACHADO, «Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español», *RAP*, 77, 1975, pp. 139-180.

²⁷¹ DESANTES GUANTER, «La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», *DA*, 8-9, 1958, p. 44.

²⁷² SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», *cit.*, p. 82.

²⁷³ En sentido parecido y por la misma razón, LUACES SAAVEDRA, «La información interministerial del artículo 131 LPA», *DA*, 94, 1965, pp. 19 y 20.

²⁷⁴ Sobre todo de GARRIDO FALLA, *Régimen...*, *cit.*, pp. 195 y ss., cuyo prólogo al libro de SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, *cit.*, pp. 17 y ss., ilustra acerca de la influencia que la jurisprudencia y la doctrina tuvieron sobre la LPA en este punto.

²⁷⁵ Así, la STCont de 13-4-1896 (JCA 50, 124) dice que «las faltas de tramitación que se observan en el expediente» «no son suficientes por sí solas para producir la nulidad del mismo, por afectar al orden interior de las oficinas». Según la STS de 29-1-1915 (JCA 89, 36), «la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, del derecho a que afecte, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas». La STS de 2-3-1921 (JCA 102, 139) dice que «la inobservancia de los términos sólo puede dar

a la sazón el medio siglo de vigencia en el Derecho español²⁷⁶. El caso de los reglamentos era bien distinto: la «regulación» de las consecuencias de sus vicios de procedimiento no era el fruto de un esfuerzo jurisprudencial o doctrinal anterior; la doctrina no se había ocupado del problema y las Sentencias del Tribunal Supremo que tuvieron que hacerlo pueden contarse con los dedos de una mano²⁷⁷. Ello se explica fácilmente:

El único cauce procesal que casi hasta entonces nuestro Derecho conocía para privar de efectos a los reglamentos ilegales era el de su inaplicación. Si tenemos en cuenta el criterio tan poco generoso con el que los Tribunales inaplicaban los reglamentos, la dificultad de verificar en vía incidental si el reglamento en cuestión padecía un vicio de procedimiento y la improbabilidad de que uno de estos vicios lesionara un derecho subjetivo preexistente —lo que resultaba indispensable para la admisión del recurso contencioso-administrativo—, se entiende que los Tribunales ni se plantearan el problema.

Además, faltaba hasta ese mismo momento una regulación legislativa del «procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general», de modo que no resultaba fácil encontrar reglamentos con vicios de procedimiento.

En suma, desconocemos si el legislador quiso sancionar todas las ilegalidades de las disposiciones reglamentarias con la nulidad. Lo que está claro es que, en el caso de los defectos de procedimiento de tales disposiciones, se enfrentaba, consciente o inconscientemente, a un problema nuevo, y para resolverlo no contaba con las armas que proporcionan la experiencia jurisprudencial, tan apegada a la justicia del caso concreto y rica en matices, y la reflexión de los autores y sus lógicas y coherentes construcciones teóricas.

lugar a exigir responsabilidades a los funcionarios responsables de la demora, pero no la nulidad de lo actuado, cuando así no se establezca expresamente». Según la STS de 21-1-1936 (Ar. 295), «en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades».

²⁷⁶ Vid. la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo de 19-10-1889 y los reglamentos que la desarrollaron en SANTAMARÍA PASTOR y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, 1977, pp. 32 y ss.

²⁷⁷ La STS de 7-3-1931 (Ar. 3274) declara cierto reglamento municipal «nulo, sin valor ni efecto» por haberse elaborado sin la preceptiva audiencia de los facultativos adscritos a los servicios benéfico-sanitarios del Ayuntamiento. No obstante, hay que advertir que si el reglamento hubiese sido anulable, al haberse recurrido «en tiempo y forma», la solución tendría que haber sido la misma. La STS de 18-4-1935 (Ar. 886) inaplica un reglamento aquejado de vicios de contenido y procedimiento. La STS de 1-7-1918 (JCA 96, 1) inadmite y las de 6-3-1919 (JCA 97, 91) y 27-10-1942 (Ar. 1289) desestiman recursos contra disposiciones a las que se les achacaban vicios de procedimiento.

b) Legislación vigente

El artículo 62.2 LPC dispone que «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». A primera vista, parece que este artículo continua la línea marcada por anteriores leyes. Su redacción da a entender que todas las disposiciones reglamentarias ilegales, cualquiera que sea la ilegalidad que padezcan, son nulas.

Hay quien ha dicho, no obstante, que se trata de un precepto ambiguo, pues, junto al enunciado general según el cual son nulas las disposiciones administrativas contrarias a una norma de rango jerárquico superior, se enumeran innecesariamente dos supuestos concretos de nulidad que, en realidad, se encuentran comprendidos en aquella fórmula general²⁷⁸. En efecto, los reglamentos que invaden una materia reservada a la ley vulneran lo dispuesto en la Constitución, mientras que la retroactividad de los sancionadores desfavorables o de los restrictivos de derechos individuales infringe el artículo 9.3 de esa misma norma.

El argumento económico —se presume que el legislador actúa racional y no redundantemente— podría apoyar la siguiente interpretación del artículo 62.2 citado: cuando éste emplea la palabra «vulnerar», en realidad se refiere al significado «contradecir». El primer inciso de este precepto contempla, pues, sólo a los reglamentos viciados en su contenido, a los supuestos en los que el reglamento dice lo contrario que la Constitución, las leyes u otras normas de superior jerarquía.

Pero entonces, ¿qué sanción corresponde a las ilegalidades de los reglamentos no expresamente contempladas en el artículo 62.2 LPC? Cabría entender aplicable a las disposiciones generales lo dispuesto para los actos administrativos en los artículos 62.1 y 63.2 y 3 LPC. Sin embargo, en opinión de algunos autores, la LPC, como antes la LPA y la LRJAE, distingue a lo largo de su articulado «con toda claridad» entre disposiciones generales y actos²⁷⁹. Así, su artículo 62.2 se refiere expresamente a las disposiciones,

²⁷⁸ CHINCHILLA, «Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (eds. Leguina Villa y Sánchez Morón), 1993, pp. 203 y 204. Según REBOLLO PUIG, «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado», DA, 244-245, 1996, p. 206, el art. 62.2 LPC «no permite deducir si los defectos de procedimiento relevantes son causa de nulidad o anulabilidad del reglamento».

²⁷⁹ DORREGO DE CARLOS y GUTIÉRREZ VICÉN, «Disposiciones y actos administrativos», *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Pendás García), 1993, p. 412.

mientras que sus artículos 62.1 y 63 a los actos de las Administraciones públicas²⁸⁰.

Esta última opinión doctrinal es muy discutible. Para empezar, la redacción de la LPA —a la que la LPC sigue sustancialmente en materia de invalidez²⁸¹— «está inspirada en el presupuesto dogmático de que actos singulares y reglamentos son partes de un supraconcepto, el de actos de la Administración en sentido genérico»²⁸². Además, muchos preceptos de la LPC que sólo aluden expresamente a los «actos» son aplicables tanto a los actos singulares como a los reglamentos²⁸³.

C) La nulidad de los reglamentos ilegales en la doctrina

a) Tesis tradicional y mayoritaria

Numerosos autores sostienen que el Derecho español prevé la nulidad para cualquier ilegalidad que pueda afectar a una disposición general: los reglamentos ilegales son siempre nulos de pleno derecho²⁸⁴. Obviamente, el

²⁸⁰ REBOLLO PUIG, «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas generales», *RAP*, 115, 1988, p. 117, n. 40, criticaba una STS que aplicaba el art. 48.2 LPA (hoy, art. 63.2 LPC) a un reglamento.

²⁸¹ De «continuidad en lo sustancial» habla LAVILLA RUBIRA, «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Benigno Pendás García), 1993, pp. 487 y 522.

²⁸² SANTAMARÍA PASTOR., *Fundamentos...*, cit., p. 377. LAVILLA ALSINA, «La revisión...», cit., p. 79, reconoce que este concepto amplio no es extraño a la LPA.

²⁸³ *Vid. infra*, IV.2. Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, 1997, pp. 215 y ss., sostenían antes de la promulgación de la Ley 4/1999 que las disposiciones reglamentarias podían ser revisadas de oficio, a pesar de que el art. 102.1 LPC decía que eran revisables «los actos enumerados en el art. 62.1» LPC, que se refiere expresamente a los actos de la Administración nulos de pleno derecho y no a las disposiciones administrativas nulas, a las que alude el art. 62.2 LPC.

²⁸⁴ *Vid.*, entre otros, BERMEO VERA, «La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *REDA*, 30, 1981, pp. 548 y 549; CAAMAÑO, *El control...*, cit., p. 111; CHINCHILLA, «Nulidad...», cit., pp. 203 y 204; COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., p. 129; EMBID IRUJO, «Potestad...», cit., p. 106; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 214 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, 1977, p. 388; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, pp. 1358 y ss., antes en «El procedimiento para elaborar reglamentos», *RCDI*, 498, 1973, p. 1316; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 398; INIESTA DELGADO y FERNÁNDEZ SALMERÓN, «Naturaleza...», pp. 152 y 153; MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho administrativo*, 1999, pp. 138 y 144; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 278; SÁNCHEZ GOYANES, *Manual...*, cit., t. I, p. 96; SANTAMARÍA PASTOR., *Fundamentos...*, cit., p. 721; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., pp. 357, 358 y 389; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. I, p. 241.

tenor literal de las disposiciones legislativas estudiadas con anterioridad respaldan esta tesis doctrinal, pero éste no es el único argumento esgrimido para defenderla.

Se dice que si los reglamentos fueran anulables sólo podrían ser impugnados durante un determinado plazo de tiempo, transcurrido el cual se harían indiscutibles y sus efectos jurídicos se convalidarían. Esto conduciría al absurdo de que, expirado aquel plazo, el reglamento que infringe una ley tendría que prevalecer sobre la misma, de modo que dicha ley quedaría a partir de entonces privada de efecto. En adelante, el Juez debería aplicar el reglamento ilegal e inaplicar la ley. Las leyes, o incluso la Constitución, podrían ser derogadas por una simple disposición administrativa, lo que no se ajusta al principio de jerarquía normativa²⁸⁵.

El razonamiento es irrefutable. Lo que pasa es que sólo explica por qué son nulas las disposiciones generales cuyo contenido es ilegal, pero se muestra inservible en el caso de las disposiciones —de contenido legal— elaboradas sin haber seguido el procedimiento establecido por el ordenamiento. Cuando el contenido de una disposición reglamentaria es ilegal, existe una antinomia entre ésta y una ley, de modo que no es lógicamente posible aplicar ambas normas de modo simultáneo²⁸⁶. Si este reglamento fuese anulable, sus efectos jurídicos se harían indiscutibles a partir de un determinado momento y desde entonces habría que resolver la antinomia siempre en su favor; el Juez debería aplicar el reglamento e inaplicar la norma legal cuantas veces se le planteara aquella contradicción. No se adivinan las razones por las que, a partir de un determinado momento, deban prevalecer los reglamentos sobre las leyes. En cambio, cuando se dicta una disposición administrativa sin observar el procedimiento legalmente establecido, se puede afirmar que esa disposición vulnera la ley, pero no que existe una antinomia entre ambas normas. Cuando el Juez aplique esta disposición administrativa en un caso concreto no estará privando simultáneamente de efecto a la ley de procedimiento vulnerada. Que los efectos de un reglamento ilegal en cuanto a su procedimiento se convaliden por el transcurso de cierto tiempo no supone que la ley de procedimiento vulnerada vaya a quedar privada de todo efecto o derogada a partir de entonces. La convalidación por el transcurso del tiempo de este reglamento —reglamento que sería, por consiguiente, anulable— no impide que la ley infringida siga teniendo vigencia y que deba ser observada al elaborarse una nueva disposición general. Lo mismo sucede cuando un acto

²⁸⁵ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 215.

²⁸⁶ Antinomia es la «situación que se produce cuando dos o más normas presentan un contenido prescriptivo incompatible, perteneciendo a un mismo ordenamiento jurídico y afectando a un mismo ámbito de validez jurídica» (SORIANO, *Compendio de teoría general del Derecho*, 1993, p. 160).

administrativo anulable que adolece de un vicio de forma se convalida por el transcurso del plazo fijado para su impugnación.

Algunos autores intentan evidenciar la extraordinaria gravedad de todas y cada una de las ilegalidades en que pueden incurrir los reglamentos.

Hay quien pone de relieve que la emanación de reglamentos ilegales constituye un delito de usurpación de atribuciones²⁸⁷. Este argumento convence, el problema es que la emisión de una disposición general sólo constituye este delito cuando el funcionario que la dicta carece de atribuciones para ello. Para que tenga lugar la conducta típica no basta cualquier ilegalidad, sino que la disposición general ha de dictarse con infracción de las normas que regulan el orden de competencias de producción normativa²⁸⁸. El mencionado argumento refuerza la tesis de que los reglamentos viciados de incompetencia son nulos, pero no aquella según la cual todos y cada uno de los vicios que padezcan estas normas causan la nulidad.

Algunos autores dicen que la sanción para todo reglamento ilegal siempre debe ser la nulidad porque «en todo caso se trata de defender la correcta constitución del ordenamiento y de su sistema normativo»²⁸⁹. Pero este razonamiento entraña una petición de principio, pues no puede demostrarse la especial gravedad de las infracciones de las normas reguladoras del sistema de producción normativa diciendo que tal gravedad se debe a que lo que se infringe son las normas sobre la «correcta constitución del ordenamiento jurídico», esto es, sobre el sistema de producción normativa.

También se defiende que las ilegalidades de las disposiciones generales tienen mayor gravedad que las de los actos singulares porque la injusticia en el seno del reglamento «multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto»²⁹⁰.

Estas afirmaciones deben matizarse. La ilegalidad de una disposición general no implica necesariamente la de los actos dictados en aplicación de la misma. Si el contenido de un reglamento es ilegal, los actos que se dicten en

²⁸⁷ PARADA VÁZQUEZ, *Régimen...*, cit., p. 286.

²⁸⁸ *Id. supra*, II.1.

²⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 216. El argumento procede del trabajo del primer autor citado, «Recurso...», cit., pp. 167 y ss., y ha sido utilizado, entre otros, por COCA VITA, «Primer...», cit., pp. 192 y 193; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., pp. 391, 393 y 389, n. 6; GONZÁLEZ PÉREZ, «El procedimiento...», cit., p. 1316, y *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1359; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 278.

²⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 195 y 215. En sentido similar, PARADA VÁZQUEZ, *Régimen...*, cit., p. 286; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 278.

su aplicación serán igualmente ilegales. Dicho de otra forma, si una disposición legislativa y otra reglamentaria contienen reglas incompatibles acerca de cómo debe ser un acto, el acto que se ajusta a lo dispuesto en la segunda, vulnera lo dispuesto en la primera. Aquí sí que se «multiplica» la ilegalidad²⁹¹. En cambio, los actos dictados en aplicación de un reglamento que adolezca que cualquier otra ilegalidad distinta de la de contenido—v. gr., falta de motivación—, pueden haber sido dictados con exquisita observancia de los límites materiales, de forma y de procedimiento establecidos por el ordenamiento jurídico, así como ser perfectamente adecuados para satisfacer los fines públicos que éste les asigna. La ilegalidad del reglamento no se propagaría, pues, en este último caso. Sin embargo, hay que reconocer que aquí todavía puede hablarse de un cierto «efecto multiplicador». Los trámites que deben seguirse para elaborar disposiciones generales cumplen diversos fines, por ejemplo, y según rezaba el art. 129.1 LPA, garantizar el acierto y oportunidad de aquéllas. La inobservancia de esos trámites aumenta la probabilidad de que el contenido del reglamento, y por lo tanto, el de los actos que lo apliquen, aunque legal, sea desacertado e inoportuno, que no sea el mejor, el más conveniente, de todos los posibles.

Por otra parte, el argumento del efecto multiplicador es ambivalente, pues la nulidad de un reglamento probablemente privará de cobertura a los actos dictados en aplicación del mismo, lo que les acarrearía su invalidez, lo que, a su vez, ocasionará una gran inseguridad. Cabe decir —permítasenos la paráfrasis— que la nulidad de un reglamento multiplicará y amplificará sus efectos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de inseguridad jurídica incomparablemente superior al que quepa esperar de la nulidad de un solo acto.

b) Tesis minoritaria

Varios autores, aunque no mantienen posturas perfectamente homogéneas entre sí, coinciden explícita o implícitamente en una apreciación: no todas y cada una las ilegalidades de los reglamentos determinan su nulidad.

Salvo error nuestro, el primero en sostener esta tesis fue GARRIDO FALLA. Según este autor, las disposiciones reglamentarias dictadas con infracción de las normas reguladoras del procedimiento de su elaboración eran anulables, puesto que los artículos 47.2 LPA y 28 LRJAE no contemplaban expresamente este supuesto entre los que dan lugar a la nulidad²⁹². En nuestra opinión,

²⁹¹ Repárese en que las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ citadas en la n. anterior, se dicen al señalar que los principios generales del Derecho constituyen uno de los límites sustanciales —del contenido— de los reglamentos.

²⁹² GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. III, pp. 78 y ss., esp. p. 81.

difícilmente podía apoyarse esta tesis en el tenor literal de los citados preceptos, que indicaba más bien lo contrario, como ya hemos comprobado.

BOQUERA OLIVER defiende que los reglamentos ilegales pueden ser nulos, anulables o irregulares. A los de contenido ilegal les corresponde siempre la sanción de nulidad. Cuando se trata de un vicio distinto, habrá que aplicar lo dispuesto para los actos administrativos en los artículos 63 y 62.1 LPC, y conforme a estos preceptos el reglamento en cuestión será nulo, anulable o simplemente irregular. El autor fundamenta su tesis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁹³.

ENTRENA CUESTA llega a idénticas soluciones: el reglamento de contenido ilegal es nulo; si adolece de otros vicios, la sanción que corresponda—nulidad, anulabilidad o irregularidad no invalidante— se determinará de conformidad con las reglas establecidas para los actos administrativos en los artículos 63 y 62.1 citados²⁹⁴. El razonamiento que lleva al autor a formular estas conclusiones parte de la premisa de que el reglamento, además de norma jurídica, es acto administrativo²⁹⁵. El artículo 62.2 LPC sólo contempla—para sancionarlas con la nulidad— las infracciones de los límites que afectan a los reglamentos en cuanto que actos normativos, es decir, los límites de su contenido normativo. En lo demás, en cuanto que son actos administrativos, se les aplican las mismas reglas que a éstos para determinar si sus ilegalidades conllevan la nulidad, la anulabilidad o sólo una irregularidad.

La premisa de la que parte este razonamiento se encuentra latente también en el de los dos autores anteriores. Los tres consideran que los reglamentos son actos administrativos y que, por lo tanto, se rigen por un conjunto de normas jurídicas comunes a todos esos actos²⁹⁶, adoptando así una posición mayoritaria, por ejemplo, en la doctrina francesa²⁹⁷ y que, con ciertos matices, también sigue algún autor alemán²⁹⁸. Habría dos clases de actos administrativos: los actos singulares o resoluciones y las disposiciones

²⁹³ BOQUERA OLIVER, en *Estudios...*, cit., pp. 156 y ss., y en *Derecho...*, cit., pp. 388 y ss. Vid. una aplicación de esta tesis en su trabajo «Los componentes del plan de urbanismo», *RDU*, 127, 1992, pp. 255-270.

²⁹⁴ ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 124 y ss.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 115 y 116, que aquí sigue a GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 239.

²⁹⁶ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 330; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 424 y 425.

²⁹⁷ Vid. DOUENCE, *Recherches...*, cit., pp. 88 y ss.; DUPUIS, GUÉDON y CHRÉTIEN, *Droit administratif*, 1998, p. 417; LAUBADERE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, 1992, t. I, p. 541; RIVERO y WALINE, *Droit administratif*, 1992, p. 84.

²⁹⁸ MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1997, p. 172 y § 13, pone de relieve que los reglamentos son normas jurídicas, pero también actos unilaterales jurídico-administrativos, y los estudia tanto al hablar de las fuentes del Derecho como al tratar de la actividad administrativa.

generales o reglamentos. Esta naturaleza de las disposiciones generales fundamentaría la aplicación a las mismas de lo dispuesto en los artículos 63 y 62.1 LPC, que regulan los supuestos en los que los actos administrativos ilegales son nulos, anulables o irregulares. El artículo 62.2 LPC sólo contemplaría, para sancionarlos con la nulidad, a los reglamentos de contenido ilegal. Las consecuencias jurídicas de los restantes defectos de estas normas se determinarían de acuerdo con las reglas establecidas en los artículos 63 y 62.1 LPC.

Esta tesis topa, al menos, con dos dificultades. En primer lugar, la premisa que está en la base de la misma no es aceptada por la mayoría de la doctrina española, que excluye del género de los actos administrativos a los reglamentos, pues se dice que estamos ante dos figuras irreductibles entre sí, con diferencias sustanciales de régimen jurídico, y que obedecen a principios muy diferentes²⁹⁹. En segundo lugar, aun en el caso de que admitiésemos que los reglamentos son actos administrativos y que el concepto de acto administrativo comprende a las disposiciones generales y a los actos singulares, es evidente que entre ambos existen diferencias de régimen jurídico, y del tenor literal de la LPC se desprende que ese parece ser el caso en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de sus respectivos vicios. Habría que explicar por qué los de contenido merecen en ambos casos un tratamiento distinto y, sobre todo, por qué los restantes defectos deben seguir el mismo régimen jurídico.

RICARDO ALONSO GARCÍA sigue una argumentación distinta a la de los autores anteriores. Recordemos aquí sus consideraciones respecto de la omisión del dictamen del Consejo de Estado, que pueden hacerse extensivas, en principio, a otros vicios de procedimiento: resulta lógico establecer «un límite temporal para alegar la omisión del dictamen del Consejo de Estado como aislado motivo de anulación, transcurrido el cual, se impondría el examen de fondo del Tribunal contencioso-administrativo para proceder a una hipotética anulación del reglamento»³⁰⁰. Esta ilegalidad es causa de anulación cuando se hace valer en un recurso directo contra el reglamento—que, recuérdese, sólo puede interponerse en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su publicación—, pero no podrá alegarse con ocasión de su «impugnación indirecta», donde sólo deberá únicamente tenerse en cuenta la legalidad de su contenido³⁰¹. Este autor no basa su tesis en «el régimen de nulidades previsto para los actos administrativos, que en

²⁹⁹ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 178 y ss. y 533.

³⁰⁰ ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., p. 87. Asume esta tesis FALCÓN y TELLA, F., «Efectos de la omisión del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *RLL*, 1995-4, pp. 1162 y 1163.

³⁰¹ ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., pp. 91 y 92.

sí mismo nada tiene que ver, en principio, con el ejercicio por la Administración de la potestad reglamentaria»³⁰², sino en los principios de economía procesal, conservación del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica³⁰³.

Aunque ALONSO GARCÍA evite hablar de anulabilidad del reglamento, lo cierto es que, en realidad, está defendiendo que la omisión de aquel dictamen preceptivo determina lo que nosotros entendemos por anulabilidad. Para argumentar su tesis, el autor aduce no una pretendida analogía con el régimen de los actos administrativos —singulares, se entiende—, sino una serie de principios, fundamentalmente el de seguridad jurídica, que exigen limitar temporalmente la posibilidad de privar de efectos al reglamento que incurre en determinadas ilegalidades. Sin embargo, ya vimos en otro momento que la anulabilidad de los actos administrativos responde a las mismas exigencias³⁰⁴.

SÁNCHEZ MORÓN, por su parte, considera que «no cualquier vicio de forma tiene virtualidad invalidante de una disposición general». Resulta irrazonable «aquella posición dogmática que considera que cualquier ilegalidad en la que incurra el reglamento supone su nulidad de pleno derecho» y nunca su anulabilidad, pues, en muchos casos, «la anulación del reglamento basada únicamente en [un vicio de forma] y al cabo de muchos años resulta rigurosa y contraria a la equidad». «El Derecho reclama una solución equilibrada y justa y no la impugnabilidad y posibilidad de anulación de los reglamentos a todo trance»³⁰⁵.

D) La nulidad de los reglamentos ilegales en la jurisprudencia

La jurisprudencia entiende que las reglas que determinan si una disposición reglamentaria ilegal es nula, anulable o irregular son diferentes según la ilegalidad afecte al contenido de la disposición o a los restantes elementos de ésta. En palabras del Tribunal Supremo, hay que distinguir entre los vicios de los «contenidos normativos» y los «vicios de procedimiento»³⁰⁶, entre las ilegalidades que afectan a los «valores materiales» y a los «valores formales»³⁰⁷.

a) Reglamentos de contenido ilegal

La jurisprudencia considera unánimemente que los reglamentos de contenido ilegal son nulos de pleno derecho. Encontramos declaraciones en este

³⁰² *Ibidem*, p. 87.

³⁰³ *Ibidem*, pp. 91 y 92.

³⁰⁴ *Vid. supra*, II.4.A).

³⁰⁵ SÁNCHEZ MORÓN, «El objeto del recurso contencioso-administrativo», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (dirs. Leguina Villa y Sánchez Morón), Valladolid, 1999, p. 171.

³⁰⁶ *Vid.* la STS de 17-6-1974 (Ar. 2847).

³⁰⁷ *Vid.* la STS de 12-12-1978 (Ar. 801/1979).

sentido no sólo cuando se resuelven recursos directos contra los mismos, sino también cuando éstos son simplemente inaplicados. Y lo que de verdad importa: en estos casos, por mucho que sea el tiempo transcurrido desde que se dictó la disposición defectuosa, el Tribunal Supremo sigue estimando su nulidad y privándole de efectos.

b) Reglamentos aquejados de un vicio distinto del de contenido

Aquí se plantean numerosos problemas. El Tribunal Supremo ha llegado a formular un criterio general para determinar qué sanción corresponde al reglamento ilegal en estos casos, pero luego encontramos numerosas sentencias que, al menos en apariencia, contradicen dicho criterio. Veamos cuál es esa regla general y en qué medida se ha visto desconocida efectivamente en la práctica.

a') La aplicación a los reglamentos de las reglas establecidas para los actos administrativos

Recién publicadas la LJ de 1956 y la LPA de 1958, comienzan a abundar las Sentencias del Tribunal Supremo que enjuician reglamentos aquejados de vicios de incompetencia o procedimiento. En éstas se advierte una circunstancia de lo más interesante. Casi siempre que se anula o inaplica un reglamento porque su contenido es ilegal, se motiva la sentencia citando los artículos 47.2 LPA y/o los artículos 23 y siguientes de la LRJAE³⁰⁸. Recordemos que según el tenor literal de estos preceptos eran nulas de pleno derecho todas las disposiciones reglamentarias contrarias a las leyes o a una disposición de rango jerárquico superior. En cambio, cuando el vicio es de procedimiento o de incompetencia, es frecuente que se aduzcan, respectivamente, los apartados a) y c) del artículo 47.1 LPA y se declare la nulidad del reglamento porque se «ha omitido totalmente el procedimiento establecido»³⁰⁹ o «ha sido dictado

³⁰⁸ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTs de 5-4-1962 (Ar. 1933), 4-7-1962 (Ar. 5076), 12-11-1962 (Ar. 4601), 13-11-1962 (Ar. 4077), 7-5-1963 (Ar. 2370), 10-6-1964 (Ar. 3773) y 26-6-1965 (Ar. 3478), que inaplican un reglamento de contenido ilegal.

³⁰⁹ *Vid.* las SSTs, estimatorias, de 26-12-1961 (Ar. 4387), 24-10-1970 (Ar. 4155) y 7-2-1966 (Ar. 529), que dice que el reglamento es nulo de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 48.2 y 47.1.c) LPA. La STS de 7-7-1961 (Ar. 2853) desestima el recurso porque «no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento», y la STS de 5-6-1968 (Ar. 2995), porque «ni existió la manifiesta incompetencia, ni la ausencia del procedimiento legal, ni tampoco la Ordenanza en cuestión incidió en ninguno de los supuestos del art. 28 LRJAE». En sentido similar a estas dos últimas SSTs, *vid.* las de 27-12-1962 (Ar. 4833) y 24-10-1969 (Ar. 4753). Sólo la STS de 3-6-1967 (Ar. 2576) declara la nulidad de un reglamento elaborado sin haber seguido el preceptivo procedimiento diciendo que ello «constituye una alteración de normas de rango superior» y citando los arts 23 y ss. LRJAE y 47.2 y 47.1.c) LPA.

por órgano manifiestamente incompetente»³¹⁰. Evidentemente, también en estos dos últimos casos los reglamentos eran contrarios a las leyes y nulos de acuerdo con la letra del artículo 47.2 LPA en relación con los artículos 23 y siguientes de la LRJAE. Pese a ello, el Tribunal Supremo estimaba que estas disposiciones eran nulas aplicando una norma que mencionaba a los «actos de la Administración». Podría pensarse que aquel Tribunal razonaba así para poner de relieve lo justificado de anular las disposiciones impugnadas: no sólo procedía declarar nulos a los reglamentos dictados por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento de elaboración por ser contrarios a las leyes (art. 47.2 LPA), sino porque, además, dichas infracciones eran gravísimas y causaban la nulidad hasta en el caso de los actos administrativos, que por regla general son anulables. Pero también podría pensarse que el Tribunal Supremo entendía que dicho artículo 47.2 sólo se refería a los vicios de contenido del reglamento y que, cuando se trataba de una ilegalidad «formal», la sanción correspondiente se determinaría aplicando las mismas reglas previstas para los actos administrativos. Nos decantamos por esta última hipótesis, fundamentalmente porque el mismo Tribunal Supremo acabó por afirmar expresamente lo que antes sólo podía intuirse.

Varias Sentencias del Tribunal Supremo sostendrán que los preceptos previstos para los actos administrativos son aplicables cuando se trata de determinar las consecuencias de las ilegalidades de los reglamentos que no afectan a su contenido³¹¹. Será la de 17 de junio de 1974 (Ar. 2847)³¹² la que por

³¹⁰ Vid. la STS de 5-6-1968 (Ar. 2995), citada en la n. anterior, la de 15-11-1972 (Ar. 2995), que anula una disposición general dictada «por un órgano manifiestamente incompetente», y la de 14-11-1972 (Ar. 4742).

³¹¹ La STS de 25-4-1964 (Ar. 1932) no accede a declarar la nulidad de un reglamento por vicios de procedimiento, porque en estos casos «es preciso demostrar que se ha prescindiendo total y absolutamente del procedimiento previsto para su confección». La STS de 17-6-1970 (Ar. 3133) desestima el recurso contra un reglamento en cuyo procedimiento de elaboración no se había observado el trámite previsto en el art. 130.2 LPA, porque el art. 47.1.c) LPA «exige que se prescinda total y absolutamente del [procedimiento] legalmente establecido» y su art. 47.2 «se refiere a disposiciones que en su texto, y no en el procedimiento seguido para su elaboración contengan regulaciones contrarias a las Leyes o impongan penas o exacciones que no estén autorizadas por Ley votada en Cortes».

³¹² Comentada por BOQUERA OLIVER, «Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias», *Revista de Derecho Público*, 57, 1975, pp. 63-69; GONZÁLEZ PÉREZ, «La infracción de las normas de procedimiento para elaborar disposiciones generales», *RCDI*, 503, 1974, pp. 1003-1008. Se impugnaba un reglamento alegándose la nulidad del mismo por diversos vicios de procedimiento. Aunque el TS declara alguno de estos vicios irregularidades no invalidantes, anula el reglamento por la omisión del informe de cierta Secretaría General Técnica, considerando que se trataba de un vicio de anulabilidad y no de nulidad.

primera vez justifique con razones esta solución. Se afirma que los artículos 47.2 LPA y 28 LRJAE, pese a su tenor literal, sólo se refieren a los supuestos en los que el contenido del reglamento es ilegal, porque «la prevalencia de la Ley no consiente que frente a ella subsistan disposiciones de jerarquía inferior que entrañen una desobediencia al mandato contenido en una norma superior», y sólo en estos supuestos la grave y extrema sanción de la nulidad del reglamento asegura el «pleno imperio» de la norma legal. A continuación, se dice que tratar igual —sancionarlos con la nulidad— todos los vicios de procedimiento sería contrario al principio de proporcionalidad: como no todos los vicios de procedimiento tienen la misma gravedad, no todos deben recibir el mismo tratamiento. Por ello, las «sanciones graduadas» previstas para los actos administrativos son «extensivas al tratamiento de los vicios del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales», esto es:

La ilegalidad «formal» del reglamento sólo produce su nulidad en los casos previstos en el artículo 47.1 LPA (hoy, art. 62.1 LPC), es decir: cuando el reglamento haya sido dictado por «órgano manifiestamente incompetente»³¹³ o «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados»³¹⁴.

En los restantes supuestos, el reglamento es anulable: cuando «carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»³¹⁵; o cuando en el procedimiento de su elaboración se hayan llevado a cabo actuaciones fuera del tiempo marcado para ello por la ley y «así lo impusiera la naturaleza del término o del plazo»³¹⁶.

En los demás casos, el reglamento es válido a pesar de la irregularidad cometida.

El Tribunal Supremo se ha ajustado en líneas generales a las consecuencias, de la mayor relevancia práctica, que de esta jurisprudencia se desprenden:

Ha estimado que los vicios «formales» contemplados en el artículo 47.1 LPA daban lugar a la nulidad del reglamento viciado, reglamento que debía ser anulado en el recurso «directo» e inaplicable con ocasión de los recursos interpuestos contra los actos dictados a su amparo³¹⁷.

Ha considerado que los defectos «formales» no contemplados en el citado artículo 47.1 que impedían a la disposición reglamentaria defectuosa alcan-

³¹³ Art. 47.1.a) LPA. El art. 62.1.b) LPC habla de «órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio».

³¹⁴ Art. 47.1.c) LPA, equivalente al art. 62.1.e) LPC.

³¹⁵ Art. 48.2 LPA, equivalente al art. 63.2 LPC.

³¹⁶ Art. 49 LPA, equivalente al art. 63.3 LPC.

³¹⁷ Vid., por ejemplo, las SSTs de 5-10-1988 (Ar. 7439) y 6-5-1996 (Ar. 3955).

zar su finalidad producían la anulabilidad, de modo que sólo podían ser alegados cuando se impugnaba directamente la disposición —dentro del plazo de dos meses contados desde al día siguiente al de su publicación oficial—, pero no cuando se recurrieran los actos que la aplicaban —recursos interpuestos normalmente cuando ya había expirado aquel plazo—³¹⁸.

Ha declarado válidas a las disposiciones reglamentarias aquejadas de vicios de «forma» cuando éstos no habían impedido que las mismas alcanzasen los fines que les marcaba el ordenamiento jurídico³¹⁹, así como también a las disposiciones dictadas con infracción de los plazos o términos marcados por la ley cuando la naturaleza del correspondiente plazo o término no exigía la anulación de la disposición en cuestión³²⁰.

Examinemos con mayor detalle esta jurisprudencia.

b') Reglamentos viciados de incompetencia

A la vista de la jurisprudencia expuesta y del artículo 47.1.a) LPA, los reglamentos dictados por un «órgano manifiestamente incompetente» debían ser considerados nulos de pleno derecho. Por tal razón, el Tribunal Supremo anuló no pocos reglamentos³²¹ y también en alguna ocasión, y ya después de concluido el plazo para recurrirlos, los inaplicó³²². Aun sin aludir a este precepto, nuestros Tribunales también han inaplicado numerosas disposicio-

³¹⁸ Vid. *supra*, II.2.B).c).b').

³¹⁹ Vid., entre otras, las SSTs de 20-5-1987 (Ar. 3818), 14-3-1988 (Ar. 2000) y 31-1-1989 (Ar. 597). En la STS de 6-4-1987 (Ar. 4237) se reconoce que, «si bien con un criterio rigurosamente formalista,..., no se atuvieron los redactores» de cierto Plan de urbanismo al art. 125 del Reglamento de Planeamiento, «el objetivo sustancial de tal norma se había cumplido a través de la información pública precedente [que había tenido lugar en 1978 respecto de un proyecto que finalmente no fue aprobado], que tan amplia respuesta había merecido de los particulares» y, «en esencia, y teniendo en cuenta que con la aprobación inicial del Plan de 1980 se abrió de nuevo la información pública presentándose nuevos escritos, se cumplió más que sobradamente con el espíritu de la norma citada, que pretende la colaboración ciudadana,..., con lo que ha de llegarse a la conclusión de que con la aparente irregularidad, ni se ha causado indefensión, ni se ha privado de ningún requisito «indispensable» para que el trámite alcanzará su fin, es decir, la participación ciudadana».

³²⁰ Vid., entre otras, las SSTs de 2-11-1979 (Ar. 3777), 25-4-1983 (Ar. 2036), 20-7-1983 (Ar. 3879), 2-2-1988 (Ar. 1154), 5-10-1988 (Ar. 7439), 2-2-1988 (Ar. 1154), 16-11-1992 (Ar. 9254), 14-10-1996 (Ar. 8651) y 27-3-1998 (Ar. 2858).

³²¹ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 14-11-1972 (Ar. 4742), 15-10-1982 (Ar. 5749), 22-11-1982 (Ar. 7301), 18-10-1983 (Ar. 5239), 4-11-1985 (Ar. 6298) y 3-12-1997 (Ar. 9358).

³²² Vid. las SSTs de 21-11-1958 (Ar. 3868) y 29-12-1958 (Ar. 4257). La STS de 8-11-1989 (Ar. 4350/1992) inaplica una OM que carecía del rango necesario para regular cierta materia; la competencia correspondía «al Gobierno y no a otro órgano distinto de la Administración».

nes generales viciadas de incompetencia³²³, la mayoría de las veces por invadir la reserva de ley³²⁴. Merece destacarse una Sentencia que estima correcta la anulación de una sanción dictada al amparo de ciertos Estatutos de la Organización Colegial Veterinaria que no habían sido aprobados por el órgano competente, a pesar de que la Administración alegaba que los vicios de contenido de las disposiciones generales eran los únicos que podían ser alegados en los «recursos indirectos» contra las mismas³²⁵.

Importa destacar ahora que, interpretado aquel artículo 47.1.a) *a sensu contrario*, no podían reputarse como nulos los reglamentos dictados por un órgano cuya incompetencia carecía de carácter manifiesto. Así lo recordaba el Tribunal Supremo, quizás innecesariamente, en algún caso en el que no se había podido demostrar la ilegalidad del reglamento enjuiciado³²⁶. Ahora bien, siempre que este Tribunal constataba que una disposición había sido dictada por órgano incompetente, estimaba que éste lo era manifiestamente. Todas las incompetencias eran manifiestas. Esta apreciación tenía lugar de modo casi automático. Las Sentencias que consideraban que la disposición impugnada había sido dictada por órgano manifiestamente incompetente no

³²³ Vid. la STS de 22-7-1996 (Ar. 6307).

³²⁴ Vid., entre otras, la STC 42/1987, de 7 de abril, y las SSTs de 8-5-1988 (Ar. 4079), 23-9-1992 (Ar. 7006), 11-5-1993 (Ar. 3612), 26-6-1993 (Ar. 4584), 31-1-1995 (Ar. 455) y 25-6-1996 (Ar. 5026).

³²⁵ STS de 6-5-1996 (Ar. 3955), que dice que tales estatutos carecen de realidad jurídica, que son inexistentes en cuanto que norma jurídica.

³²⁶ Vid. la STS de 13-2-1979 (Ar. 476). En el caso resuelto por las SSTs de 14-3-1988 (Ar. 2000) y 31-1-1989 (Ar. 597) se pedía la anulación de un Plan urbanístico porque las actividades conducentes a la realización del trámite de información pública habían sido realizadas por órgano incompetente. A pesar de que el vicio alegado en realidad no era de incompetencia, sino de procedimiento, y de que el recurso se desestimó porque se había alcanzado la finalidad perseguida por dicho trámite, el TS añade que «para que pudiera generar la nulidad absoluta o radical del acto, [la incompetencia] debía ser manifiesta». La STS de 24-10-1988 (Ar. 7861) desestima el recurso contra un reglamento diciendo que «no cabe calificar de manifiesta la supuesta nulidad, ya que a primera vista el órgano que dictó la resolución estaba formalmente habilitado para desarrollar y ejecutar la Orden Ministerial,..., de modo que en todo caso la nulidad por incompetencia, no manifiesta sino inferida a través de prolijas argumentaciones acerca del sistema de jerarquía de las normas y del contenido de la potestad reglamentaria había de incluirse en el art. 48 LPA y su anulación tendría que haberse solicitado en la vía administrativa». Creemos que el TS debió haber enjuiciado si el reglamento estaba viciado de incompetencia y, en caso afirmativo, anularlo. De un lado, porque aun en el caso de considerar que éste era anulable, precisamente por ello resultaba posible impugnarlo —siempre dentro de un plazo, que aquí se había respetado— y anularlo. De otro lado, porque la falta de alegación de aquel vicio en vía administrativa no impedía que se adujera en la contenciosa, según disponía el art. 69.1 LJ de 1956 (hoy art. 56.1 LJ).

contenían razonamientos acerca del carácter manifiesto o evidente de esta ilegalidad³²⁷.

En suma, puede afirmarse que el carácter evidente, palmario o manifiesto de la incompetencia no tenía efectivamente ninguna relevancia a la hora de determinar la nulidad de los reglamentos que adolecían de tal vicio. En la práctica, la jurisprudencia consideraba nulo de pleno derecho a todo reglamento dictado por órgano incompetente.

El vigente artículo 62.1.b) LPC dispone que son nulos los actos «dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio». Este precepto viene a consagrar cierta interpretación que se daba al artículo 47.1.a) LPA: la incompetencia por razón de la materia o del territorio daría lugar a la nulidad del acto, mientras que la incompetencia jerárquica produciría su anulabilidad³²⁸.

c') Reglamentos elaborados con vicios de procedimiento

La jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en relación con los defectos de procedimiento de los reglamentos aparece descrita por muchos autores como injustificable: la ley dice que hay que cumplir ciertos trámites, pero luego los Tribunales reaccionan con un mínimo rigor frente a su sistemático incumplimiento³²⁹. La Jurisprudencia ha «relativizado» el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales³³⁰. A pesar de afirmaciones genéricas de principio sobre la obligatoriedad del procedimiento, ha utilizado «un doble lenguaje», pues cada vez que los recurrentes demostraban la omisión de un trámite de los previstos en la ley, se montaba una argumentación artificiosa para excusar su incumplimiento y desestimar el motivo impugnatorio³³¹.

Ilustremos estas opiniones con un ejemplo. El precepto en el que se establecía la obligación de que la Secretaría General Técnica o, en su defecto la Subsecretaría del Departamento ministerial respectivo, o el Estado Mayor,

³²⁷ Vid., entre otras, las SSTs de 5-6-1968 (Ar. 2995), 15-11-1972 (Ar. 2995), 14-11-1972 (Ar. 4742), 15-10-1982 (Ar. 5769), 22-11-1982 (Ar. 7301), 14-6-1983 (Ar. 6285), 18-10-1983 (Ar. 5239), 4-11-1985 (Ar. 6298), 17-12-1985 (Ar. 6285) y 3-12-1997 (Ar. 9358).

³²⁸ Vid. una exposición y crítica a esta interpretación sostenida por algunos autores y SSTs en SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 324 y ss.

³²⁹ PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 276. BLANQUER, *El control...*, cit., p. 174, habla de una jurisprudencia «tolerante con los reiterados y frecuentes incumplimientos».

³³⁰ BERMEJO VERA, «La relativización...», cit., que toma la expresión de la STS de 12-12-1978 (Ar. 801/1979). Expresión utilizada, entre otros, por BLANQUER, *El control...*, cit., p. 236; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1997, t. I, p. 184; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 804.

³³¹ SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», cit., pp. 83; TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, 1992, pp. 9 y 10.

informaran los proyectos de reglamentos estatales estaba redactado en términos absolutos. Su tenor literal daba a entender que debía evacuarse dicho informe siempre que la Administración del Estado dictara una disposición general; apenas se contemplaba una excepción³³². De hecho, son muchas los reglamentos anulados por haberse dictado sin observar dicho trámite³³³. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha estimado que esa omisión no causaba la invalidez cuando la Secretaría General Técnica a la que correspondía informar había confeccionado el proyecto de la disposición general o cuando su informe había sido sustituido por el de ciertos órganos administrativos. Así mismo, ha declarado que este dictamen no era preceptivo en los casos de las reglamentaciones de trabajo, de normas subsidiarias de planeamiento, cuando la disposición se «limita dentro del área de una reglamentación previa a sentar un criterio interpretativo» o «sea reproducción de otras anteriores y sólo varíe en cuanto algunos de sus extremos no fundamentales ni consustanciales», cuando la disposición desarrolla lo dispuesto en otra anterior en cuyo procedimiento de elaboración sí se había emitido tal informe o cuando se trata de un «elemento normativo desgajado»³³⁴.

Al lector le puede quedar la imagen de una jurisprudencia caprichosa o connivente con la Administración. Y esta imagen quizás empeore cuando observe la gran cantidad de resoluciones judiciales que se contradicen unas a otras. Por citar sólo un ejemplo, la omisión ilegal del dictamen del Consejo de Estado tan pronto es calificada de vicio que conlleva la nulidad de pleno derecho del reglamento³³⁵, como se dice que determina su anulabilidad³³⁶ o, incluso, una simple irregularidad no invalidante³³⁷.

³³² Vid. el art. 130.1 LPA, equivalente al art. 24.2 LG. El art. 130.6 LPA establecía una excepción, «por razones de urgencia, y mediante acuerdo motivado del Ministro», para las órdenes ministeriales «que no sean sobre materias de estructura orgánica, régimen de personal o procedimiento».

³³³ Vid., entre otras, las SSTs de 7-2-1966 (Ar. 529), que declara la nulidad del reglamento impugnado, 17-6-1974 (Ar. 2847), que considera anulable el reglamento impugnado y lo anula, 25-6-1975 (Ar. 2528), 1-12-1982 (Ar. 7731), 23-3-1983 (Ar. 1591), 15-11-1983 (Ar. 5775), 20-1-1984 (Ar. 173), 21-1-1984 (Ar. 188), 12-4-1983 (Ar. 2808), 15-11-1983 (Ar. 5775), 25-5-1984 (Ar. 4602), 14-5-1985 (Ar. 2353), 20-4-1985 (Ar. 2866), 21-3-1986 (Ar. 2321), 29-5-1987 (Ar. 3844), 2-7-1987 (Ar. 5499), 6-4-1988 (Ar. 2588), 10-5-1988 (Ar. 3820), 22-9-1989 (Ar. 6686), 7-3-1990 (Ar. 2516), 10-3-1993 (Ar. 1933), 23-4-1993 (Ar. 2977) y 3-3-1995 (Ar. 2305).

³³⁴ Esta jurisprudencia será analizada *infra*, VII.2.A).a).

³³⁵ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 27-12-1976 (Ar. 6041), 10-12-1982 (Ar. 7955), 18-3-1985 (Ar. 1415), 1-10-1985 (Ar. 4530), 31-5-1986 (Ar. 4603), 5-5-1987 (Ar. 5226), 23-10-1987 (Ar. 7394), 14-5-1988 (Ar. 3866), 30-12-1988 (Ar. 10155), 7-2-1989 (Ar. 1089) y 18-12-1997 (Ar. 517/1998), que resuelven recursos «directos» contra reglamentos.

³³⁶ Así lo sostienen, explícita o implícitamente, las SSTs que niegan que dicha omisión pueda alegarse con ocasión de la impugnación de los actos dictados en aplicación del

Merece la pena buscar una explicación para este modo de proceder, aparentemente injustificable y caótico, de nuestros Magistrados. SANTAMARÍA PASTOR apunta que, «por razones que posiblemente tengan que ver con el entorno político de la época», la jurisprudencia prefirió pasar por alto el sistemático incumplimiento de los trámites legales, antes que anular buena parte del ordenamiento jurídico³³⁸. Para intentar encontrar otra explicación, conviene distinguir dos órdenes de problemas que plantea dicha jurisprudencia:

El primero se refiere a la determinación de los supuestos en los que se han infringido las reglas del procedimiento establecido para elaborar reglamentos. Recuérdense aquí los vaivenes del Tribunal Supremo habidos en relación con el carácter preceptivo o facultativo del trámite de audiencia previsto en el artículo 130.4 LPA³³⁹, y la falta de uniformidad y claridad de la jurisprudencia relativa a los supuestos en los que el Consejo de Estado debe informar proyectos de disposiciones reglamentarias³⁴⁰, cuestión sobre la que también se han vertido abundantes opiniones doctrinales³⁴¹. Aquí lo que se discute es si una determinada norma reglamentaria ha sido elaborada conforme a Derecho o no, si es legal o ilegal, lo que queda fuera del objeto de nuestro

correspondiente reglamento; *vid.*, por todas, las SSTs de 17-3-1987 (Ar. 3774) y 30-3-1987 (Ar. 4162).

³³⁷ *Vid.* la STS de 7-5-1987 (Ar. 5241), que resolvía un recurso «directo» contra un reglamento, y las de 2-6-1987 (Ar. 5908) y 20-10-1988 (Ar. 8029), que resolvían recursos contra actos de aplicación de un reglamento. En contra de esta jurisprudencia, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., p. 77 y ss.; DE ASÍS ROIG, «Los efectos...», cit., p. 36 y ss. y 49 y ss. GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, E., «Efectos...», cit., pp. 241-261; GONZÁLEZ SALINAS, P., «El dictámen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *REDA*, 67, 1990, pp. 463 y ss. A favor, DE DIOS VIEITEZ, «El dictámen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *REDA*, 60, 1988, pp. 631-643, y GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 1105 y ss., que, precisamente, era el ponente de aquellas SSTs.

³³⁸ SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», cit., pp. 83.

³³⁹ *Vid.* DE LA CRUZ FERRER, en «Nulidad...», cit., pp. 607-615 y en «Hacia la garantía jurisprudencial de la audiencia en la elaboración de reglamentos», *PJ*, 9, 1988, pp. 129-139; DELGADO BARRIO, «Participación ciudadana y disposiciones generales», *CDJ*, XXXII, 1994, pp. 120 y ss.; PÉREZ-TEÑESSA HERNÁNDEZ, «Procedimiento...», cit., pp. 123-126; REBOLLO PUIG, «La participación...», cit., pp. 99-166; TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos...*, cit., *in toto*.

³⁴⁰ Ello ha sido advertido, entre otros, por ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., pp. 16 y ss. y 141 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, «El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, 1993, t. II, p. 1473.

³⁴¹ *Vid.*, por todos, ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit.; GARCÍA ÁLVAREZ, *Función consultiva y procedimiento. Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado*, 1997, pp. 117 y ss.; REBOLLO PUIG, «El ejercicio...», cit., pp. 166 y ss., y la bibliografía allí citada.

trabajo, pues lo que a nosotros nos interesa es estudiar una de las consecuencias jurídicas que acarrea la ilegalidad de los reglamentos.

El segundo orden de problemas se refiere a las consecuencias —nulidad, anulabilidad o irregularidad no invalidante— de los vicios de procedimiento de las normas reglamentarias. Se trata de un conjunto de cuestiones relativas al plano de su validez-invalididad que entran de lleno en el objeto de nuestro trabajo. Pues bien, la jurisprudencia producida en este punto no es tan contradictoria, caótica e injustificable como pudiera parecer a primera vista.

Muchas contradicciones lo son sólo en apariencia y se deben las más de las veces a una defectuosa utilización de la terminología. Ello no tiene que extrañarnos. Pocos ámbitos de la ciencia del Derecho han utilizado tantas expresiones y términos distintos como el que se ocupa de la invalidez de los actos jurídicos, sobre todo de los jurídico-públicos³⁴². La «selva virgen»³⁴³ que durante mucho tiempo ha sido esta parcela del saber jurídico era para todo aquel que se adentraba en la misma, primero que nada, una jungla terminológica. Y el baile de significantes no era sino indicio de la insuficiencia de las construcciones doctrinales que intentaban en este punto dar razón del Derecho vigente³⁴⁴. Lógicamente, esta lamentable situación se ha visto reflejada en la jurisprudencia y en la legislación. Con frecuencia, las sentencias que anulan un acto administrativo utilizan confusamente los términos nulidad y anulabilidad, empleando, por ejemplo, «nulidad» o «declaración de la nulidad», cuando, en realidad, el acto es anulable³⁴⁵. Hay que andar con cuidado por estos terrenos pues, como nos previene SANTAMARÍA PASTOR, el Tribunal Supremo usa «del término de nulidad de pleno derecho, en ocasiones, con un alcance puramente dialéctico, para resaltar el vicio apreciado o dar mayor fuerza moral al pronunciamiento anulatorio»³⁴⁶. También el legislador ofrece todavía hoy muestras de cómo utilizar con ligereza e inexactitud algunos de estos conceptos. Así, por ejemplo, cuando dispone que «son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en un reglamento»³⁴⁷.

³⁴² *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 47 y ss.

³⁴³ La expresión (*Urwald*) es de BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 291, n. 14.

³⁴⁴ En sentido similar, SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 47 y ss.; GARCÍA-TREVILJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 387.

³⁴⁵ Así lo advierten BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375, n. 15; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 300 y 388.

³⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 300, n. 33.

³⁴⁷ Art. 23.4 LG, cuyo tenor literal da a entender, pues, que todas las resoluciones que infringen un reglamento son nulas y pueden ser revisadas de oficio en cualquier momento, lo que resulta no sólo difícilmente compatible con la seguridad jurídica, sino también incongruente con los arts. 62 y 63 LPC, que establecen que los actos que

El mismo problema se presenta cuando de la invalidez de los reglamentos se trata. Sirva como botón de muestra el curioso caso en el que el Tribunal Supremo dijo que cierta disposición general era inválida, aunque con la consecuencia «más débil de anulabilidad», y, seguidamente, estimó el «petitum de la demanda en cuanto a la nulidad» de la disposición recurrida³⁴⁸.

Sigamos con el ejemplo anterior de los reglamentos elaborados con omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. En la mayoría de las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de estas normas, estaba resolviendo un recurso «directo», interpuesto dentro de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de las mismas. A efectos de apreciar la disconformidad a Derecho de la norma y anularla, daba igual que aquel vicio determinara la nulidad o la anulabilidad. Aun en el caso de que la disposición hubiese sido anulable, todavía no habría transcurrido el tiempo necesario para que ésta pudiera convalidarse por exigencias de la seguridad jurídica. El reglamento, ya fuese nulo o anulable, debía ser anulado. En cambio, cuando se interponían recursos contra los actos de aplicación de las referidas normas ya se había agotado normalmente el plazo para impugnarlas directamente. Era entonces cuando cobraba verdadera importancia la distinción entre nulidad y anulabilidad. Si se consideraba que aquel vicio causaba la nulidad, la disposición viciada, nula, sería «perpetuamente» inválida y podría ser inaplicable en cualquier momento. Pero si, por el contrario, se estimaba que el vicio era de anulabilidad, la disposición sería obligatoria y aplicable por haber adquirido validez con el transcurso del tiempo. Esto que decimos lo ha advertido el Tribunal Supremo:

«Resulta intrascendente, a los efectos de este recurso de revisión, el tema de la nulidad de pleno derecho o la simple anulabilidad de las disposiciones generales en cuyo procedimiento de elaboración no se observen las normas establecidas en la Ley..., pues lo que se debatía en el recurso contencioso administrativo y lo que se debate en el actual extraordinario de revisión es la validez o no del [reglamento] y no, en su caso, un tipo determinado de nulidad [de invalidez, diríamos nosotros], que tendría significación si se tratase de una impugnación indirecta de la norma, pero que carece de sentido, cuando de lo que se trataba era de un recurso directo contra el [reglamento], por lo que desde la utilidad y el interés del Ayuntamiento recurrente, proclamada la

infringen una ley o la CE son por regla general anulables (en sentido parecido, NÚÑEZ LOZANO, «La inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley del Gobierno», *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, 2000, pp. 1687 y ss.). En nuestra opinión, la LG ha querido simplemente recordar que «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas» (art. 52.2 LPC).

³⁴⁸ STS de 19-11-1975 (Ar. 4916).

invalidez del [reglamento] en ese recurso directo, tanto da que ello se deba a una nulidad de pleno derecho o a una simple anulabilidad, si al fin el [reglamento] resulta anulado»³⁴⁹.

Pues bien, cuando de verdad era relevante distinguir entre nulidad y anulabilidad, cuando había que juzgar la validez de los actos dictados en aplicación del reglamento ilegal una vez transcurridos los plazos para impugnarlo directamente, el Tribunal Supremo se ha inclinado en la absoluta mayoría de las ocasiones por estimar que la omisión del informe del Consejo de Estado era causa de anulabilidad. La contradicción, como puede verse, es más aparente que otra cosa. El Tribunal Supremo otorga el trato de anulables a las normas reglamentarias aquejadas de tal vicio, aunque, a veces, al estimar recursos directos contra las mismas, incurra en una imprecisión terminológica y las «declare nulas», en vez de declararlas «no ser conformes a Derecho» y de «anularlas», como, por cierto, ordena el legislador que debe hacerse en estos casos³⁵⁰.

La utilización incorrecta de los conceptos jurídicos puede acabar distorsionando la realidad jurídica. El Tribunal Supremo ha inaplicado en alguna ocasión disposiciones reglamentarias que adolecían del vicio que estamos tomando como ejemplo³⁵¹, e incluso una vez anuló un reglamento después de que el particular hubiese instado la revisión de oficio del mismo y luego interpuesto el correspondiente recurso contra la respuesta negativa de la Administración³⁵². Aunque en todos estos casos ya había transcurrido con exceso el plazo para impugnar directamente la disposición en cuestión, el Tribunal Supremo obró de ese modo porque consideró que aquel vicio determinaba la nulidad de pleno derecho de la misma de acuerdo con una reiterada jurisprudencia. Pero esta «reiterada jurisprudencia» se había formado con ocasión de recursos directos interpuestos dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación del reglamento atacado³⁵³. Se trataba

³⁴⁹ STS de 19-10-1989 (Ar. 4374/1992).

³⁵⁰ Vid. el art. 71.1a) LJ, concordante con el art. 84.a) LJ de 1956.

³⁵¹ Vid. las SSTs de 4-11-1975 (Ar. 4878) y 14-11-1987 (Ar. 7881).

³⁵² STS de 25-4-1991 (Ar. 3461), que, no obstante, fue anulada por la STS (Sala de Revisión) de 7-5-1992 (Ar. 10673), debido a que se había denegado la revisión de oficio sin haber recabado el dictamen del Consejo de Estado. Esta última STS ha sido criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 642 y 643; SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., pp. 58 y ss. Vid. una crítica a este modo de proceder, consistente en declarar la «nulidad de actuaciones» y no resolver sobre la pretensión del recurrente aun cuando el Tribunal dispone de suficientes elementos de juicio para ello, en BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 292 y ss., y en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., pp. 168 y ss.

³⁵³ Como señala PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 1989, t. preliminar, p. 270, «cuando en un litigio sean invocadas sentencias anteriores ha de comprobarse si los

de una línea jurisprudencial que utilizaba con ligereza e imprecisión, con un alcance puramente retórico, el concepto nulidad.

En segundo lugar, la «relativización jurisprudencial» de los vicios de procedimiento de las disposiciones reglamentarias se explica, y en cierta medida se justifica, por la circunstancia de que el «dogma de la nulidad» se mostraba del todo insatisfactorio para regular las consecuencias jurídicas de esos vicios. Considerar siempre nulos a todos los reglamentos que sufran cualquier ilegalidad, aunque ello traiga consigo «anular buena parte del ordenamiento jurídico», supone desconocer las exigencias de principios generales del Derecho como los de conservación y de seguridad. Resulta lógico que nuestra jurisprudencia se haya apartado, con poca o mucha fortuna, de un dogma que no se ajustaba a esas exigencias.

Hechas estas observaciones, hay que señalar que el Tribunal Supremo, en líneas generales, ha venido aplicando a los vicios de procedimiento de los reglamentos los mismos preceptos que regulan la nulidad, anulabilidad e irregularidad de los actos administrativos aquejados de esos defectos:

La omisión total del procedimiento hace nulo al reglamento, que puede ser inaplicable³⁵⁴ o revisado de oficio³⁵⁵ aunque hayan transcurrido más de dos meses desde su publicación.

Cuando la omisión o defectuosa realización de alguno o algunos de los trámites del procedimiento de preparación de la voluntad administrativa ha impedido alcanzar la finalidad perseguida por la correspondiente norma infringida, el reglamento es anulable. Éste puede ser recurrido dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su publicación y anulado, pero si expira dicho plazo sin que se haya interpuesto el correspon-

conflictos de intereses coinciden substancialmente con el tipo de situación litigiosa pendiente de resolución. Lo contrario sería dejar la puerta abierta a un intercambio de generalizaciones, a un concurso de frases bonitas que poco pueden contribuir a fundar una solución justa y a que la justicia sea igual para cuantos se hallen en situaciones parecidas. El valor persuasivo de la jurisprudencia ha de fundarse en lo que el Tribunal hizo y en las razones decisivas por las que lo hizo, para demostrar que la misma razón que antes fue decisiva ha de serlo también en el litigio pendiente de resolución».

³⁵⁴ La STS de 2-11-1978 (Ar. 3607) inaplica un reglamento por tal motivo, pero debe tenerse en cuenta que dicho reglamento había sido anulado con anterioridad por el TS.

³⁵⁵ Vid. la STS de 29-12-1986 (Ar. 1571/1987). En este caso se instó la revisión de oficio de un Plan Parcial de ordenación urbanística aprobado sin seguir los trámites previstos en la Ley del Suelo. La Administración desestimó dicha solicitud mediante un acto presunto. El TS estimó procedente la revisión de oficio pero no entró en el fondo, sino que declaró que la Administración debía resolver aquel procedimiento de revisión siguiendo los trámites previstos legalmente.

diente recurso, el reglamento debe considerarse válido y no puede ya ser inaplicable³⁵⁶ o revisado de oficio³⁵⁷.

Cuando el vicio de procedimiento no ha impedido que la disposición reglamentaria viciada cumpla todos los fines que le marcaba el ordenamiento jurídico, entre ellos, los perseguidos por la norma infringida, ni ha dado lugar a indefensión, dicha disposición es válida³⁵⁸. A la misma solución se llega cuando la infracción lo es de las normas que fijaban plazos o términos en la elaboración del reglamento y la naturaleza de éstos no impone la anulabilidad³⁵⁹.

Sin embargo, estos criterios no han sido respetados por el propio Tribunal Supremo en tres supuestos. Este órgano jurisdiccional ha considerado absolutamente irrelevante: la omisión del trámite de reparto del proyecto de reglamento a los Ministros con el fin de que éstos tengan oportunidad de formular observaciones al mismo con tiempo suficiente³⁶⁰; la falta de «aprobación» de ese proyecto por parte del hoy Ministro de las Administraciones Públicas³⁶¹; y la omisión tanto de la «tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la materia» que debía acompañar a todo proyecto de disposición, como de la referencia expresa en el texto del reglamento a las disposiciones derogadas por el mismo³⁶². Estas ilegalidades debían conducir a la invalidez de los correspondientes reglamentos ilegales por aplicación de las reglas establecidas para los «vicios de forma» de los actos administrativos. En los tres casos se lesionaban los fines perseguidos por el legislador al

³⁵⁶ Vid. *supra*, II.2.B).c).b').

³⁵⁷ Vid. la STS de 12-3-1986 (Ar. 4091) que estima que no cabe la revisión de oficio y posterior impugnación jurisdiccional de unas normas subsidiarias de planeamiento elaboradas con omisión del trámite de información pública, porque este defecto da lugar a la anulabilidad.

³⁵⁸ Vid. las SSTs citadas *supra*, n.

³⁵⁹ Vid. las SSTs citadas *supra*, n..

³⁶⁰ Vid. el art. 131.1 LPA y, entre otras, las SSTs de 28-3-1977 (Ar. 1446), 21-2-1979 (Ar. 775), 13-12-1980 (Ar. 4631), 3-2-1988 (Ar. 651), 16-6-1993 (Ar. 4457) y 23-4-1997 (Ar. 3363), que dice que «dado que la disposición, ..., se aprobó en Consejo de Ministros, es de presumir que éstos tuvieran conocimiento previo de lo que iban a decidir». No obstante, la STS de 19-11-1975 (Ar. 4916) anuló un reglamento que sufría este vicio.

³⁶¹ Vid. los arts. 130.2 LPA y 24.3 LG y, entre otras, las SSTs de 17-6-1970 (Ar. 3133) y 3-2-1988 (Ar. 651). Con razón se ha señalado que ésta no es una aprobación en sentido técnico, sino un informe (BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 237 y 238, n. 104) o una «autorización interna» (SEBASTIÁN LLORENTE, «La información interministerial de los proyectos normativos. El proceso decisonal ante los órganos colegiados del Gobierno», AA, 35, 1998, p. 733).

³⁶² Vid. el art. 129.3 LPA y, entre otras, las SSTs de 17-6-1974 (Ar. 2847), 28-3-1977 (Ar. 1446), 10-5-1979 (Ar. 2429), 21-9-1979 (Ar. 3185), 11-11-1981 (Ar. 4169), 21-12-1981 (Ar. 768/1982), 10-3-1982 (Ar. 1245), 25-5-1982 (Ar. 2806), 25-4-1984 (Ar. 2013), 9-5-1984 (Ar. 2641), 6-5-1986 (Ar. 3047), 29-5-1996 (Ar. 4449) y 20-1-1998 (Ar. 910).

establecer los correspondientes trámites: el acierto de la disposición, cuando se omitía el trámite de reparto³⁶³, la «aprobación» del proyecto de la norma³⁶⁴ o la tabla de vigencias³⁶⁵; la certeza jurídica, en el caso de la falta de referencia expresa a todas las disposiciones derogadas por el reglamento³⁶⁶.

La LAP de 1958 establecía por primera vez en España un conjunto de trámites que debían observarse para elaborar cualesquiera reglamentos estatales. Entra, pues, dentro de lo comprensible que, como ha notado SANTAMARÍA PASTOR, algunas de las normas reguladoras de este procedimiento incurriesen en una «aplastante ingenuidad», que la conveniencia y el ajuste a las exigencias de la realidad de ciertos trámites previstos por aquella Ley fuese muy dudosa. En opinión de este autor, la escasa racionalidad o utilidad de esos trámites fue una de las causas del incumplimiento de las normas que los regulaban³⁶⁷. Esta circunstancia quizás *explique* aquellas tres líneas jurisprudenciales. Entiéndase bien, quizás las *explique* pero, a nuestro juicio, *no las justifica*. Si se considera que estos requisitos son demasiado difíciles de cumplir o poco razonables «lo indicado es cambiar la ley» y no que los Tribunales disculpen de modo absoluto su omisión, pues esto último supone «un ejemplo palmario de activismo judicial»³⁶⁸. De hecho, en el procedimiento de elaboración de reglamentos diseñado en la LG de 1997 desaparecen el trámite de reparto y las obligaciones de elaborar una tabla de vigencias y de consignar expresamente en el texto del reglamento todas las disposiciones derogadas por el mismo³⁶⁹.

³⁶³ Vid. LUACES SAAVEDRA, «La información...», cit., *in toto*; SEBASTIÁN LLORENTE, «La información interministerial...», cit., pp. 762 y ss.

³⁶⁴ Vid. BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 234 y ss.

³⁶⁵ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 807 y 808.

³⁶⁶ VILLAR PALASÍ Y VILLAR EZCURRA, «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, 1993, t. I, p. 95; DÍAZ ROCA, «La potestad reglamentaria en la Ley del Gobierno», *AJA*, 328, 1998, p. 4. Coinciden en que el cumplimiento de esta regla sirve a la certeza jurídica, entre otros, DESANTES GUANTER, «La elaboración...», cit., p. 51; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 1122; GONZÁLEZ PÉREZ, «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *RAP*, 40, 1963, p. 25; FERREIRO LAPATZA, «Fuentes de Derecho tributario. Disposiciones derogatorias», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al Prof. Dr. D. F. Sainz de Bujanda*, 1991, pp. 270 y ss.

³⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR, en «El reglamento», cit., p. 86, y en *Fundamentos...*, cit., p. 804.

³⁶⁸ BLANQUER, *El control...*, cit., p. 211.

³⁶⁹ El art. 4.2 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, exige que las leyes y reglamentos que modifiquen normas tributarias contengan una relación completa de las derogadas. Exigencia que, por cierto, la propia Ley 1/1998 incumple.

d') Reglamentos no publicados

La omisión de la publicación de un reglamento en el lugar fijado por el ordenamiento jurídico no equivale a haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido para su elaboración, ni tampoco supone infracción alguna de las normas que regulan el procedimiento de formación de la voluntad del órgano colegiado que lo dictó. De otro lado, cuando la publicación no tiene lugar, la finalidad que se perseguía con la misma —dar constancia fehaciente de la existencia y del texto de la norma, de modo que ambos resulten indiscutibles³⁷⁰— siempre y en todo caso queda frustrada³⁷¹. A la vista de todo ello, y por aplicación de las reglas establecidas para los «vicios de forma» de los actos administrativos, aplicables según la jurisprudencia a los de las disposiciones generales, la falta de publicación oficial de un reglamento debería producir la anulabilidad del mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia no trata a los reglamentos no publicados como si fuesen anulables. Por mucho que sea el tiempo transcurrido desde que se dictó la disposición no publicada en cuestión o desde que su texto fue insertado en un periódico distinto de aquel en el que correspondía realizar la publicación oficial, el Tribunal Supremo inaplica tales disposiciones³⁷². Estos reglamentos no se convalidan por el mero transcurso del tiempo. Por consiguiente, y de acuerdo con lo que hemos visto hasta ahora, tendríamos que concluir que la jurisprudencia actúa como si la falta de publicación del reglamento llevara aparejada la nulidad del mismo.

A la vista sólo de la jurisprudencia posterior a 1958, observamos que el Tribunal Supremo ha considerado en ocasiones que, en efecto, los reglamentos no publicados eran nulos de pleno derecho³⁷³, pero también ha utilizado otras expresiones para referirse a la consecuencias de esta ilegalidad. Así, se dice que la correspondiente disposición carece de fuerza de obligar³⁷⁴, o que no

³⁷⁰ DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 99. Vid., también la STC 179/1989, de 2 de noviembre (FJ 2) y las SSTs de 17-1-1973 (Ar. 118) y 17-6-1978 (Ar. 2192).

³⁷¹ Señala DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 99, que la publicación oficial resulta insustituible porque, aunque a través de otros medios pudiese obtenerse un mayor grado de conocimiento efectivo de las normas, con la falta de aquélla «se lesionaría la seguridad jurídica, pues no habría una constancia fehaciente de cuál es el contenido de la norma publicada».

³⁷² El TS viene inaplicando desde antiguo las disposiciones reglamentarias no publicadas; recordemos la STS de 27-2-1874 (JCA 25, 48).

³⁷³ Vid. las SSTs de 18-6-1970 (Ar. 3490) y 27-1-1978 (Ar. 169), que resolvían recursos contra reglamentos. La STS de 3-7-1972 (Ar. 4644) inaplica un reglamento no publicado.

³⁷⁴ Vid. las SSTs de 19-10-1966 (Ar. 4931), 7-12-1966 (Ar. 5419), 17-1-1973 (Ar. 118). Las SSTs de 12-5-1992 (Ar. 3498) y 11-11-1992 (Ar. 8932), entre otras muchas, que anulan sanciones impuestas por la no tenencia de un determinado «modelo normalizado» de

surte efectos jurídicos³⁷⁵, o que no se vería afectada en nada la validez de la misma, sino su eficacia, que quedaría demorada hasta el momento de su publicación³⁷⁶. Estas declaraciones se ajustan, desde luego, a lo que dice expresamente la Ley: «Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda» (art. 52.1 LPC).

En otras ocasiones se ha declarado que a una disposición no publicada hay que considerarla «carente de validez en Derecho»³⁷⁷, que la publicación es requisito de validez y eficacia del reglamento³⁷⁸, o que éste carece de vigor ya que jurídicamente no ha nacido³⁷⁹, o que dicho defecto determina su inexistencia³⁸⁰. También se dice que la falta de publicación no acarrea la nulidad, sino sólo la ineficacia frente a los interesados o terceros³⁸¹, quedando la Administración obligada a ajustar su actividad a lo dispuesto en el reglamento³⁸². La cuestión se complica cuando de circulares o de normas administrativas internas se trata, pues entonces se declara que la falta de publicación de las mismas impide que puedan producir efectos jurídicos frente a los ciudadanos³⁸³, pero no que sigan teniendo validez en la esfera interna de la Administración³⁸⁴.

libro previsto en cierta disposición no publicada, añaden que ésta «no surte efectos jurídicos *ad extra*».

³⁷⁵ Vid. las SSTs de 30-4-1965 (Ar. 2385), 10-4-1967 (Ar. 1680), 4-12-1974 (Ar. 4529), 17-6-1978 (Ar. 2192), que realiza esta afirmación en sus *obiter dicta*, 16-11-1983 (Ar. 5726) y 26-1-1988 (Ar. 365).

³⁷⁶ Vid. la STS de 17-10-1988 (Ar. 7846).

³⁷⁷ Vid. la STS de 9-1-1997 (Ar. 380).

³⁷⁸ Vid. las STS de 20-3-1959 (Ar. 1038).

³⁷⁹ Vid. las SSTs de 26-1-1972 (Ar. 133) y 16-11-1983 (Ar. 5726).

³⁸⁰ Vid. la STS de 27-1-1978 (Ar. 169).

³⁸¹ Vid. las SSTs de 22-10-1964 (Ar. 4723) y 17-12-1982 (Ar. 8024).

³⁸² Vid. las SSTs de 18-6-1966 (Ar. 3139), 11-7-1986 (Ar. 3907) y 7-9-1990 (Ar. 7086). La misma doctrina contiene la STS de 31-1-1989 (Ar. 597), aunque aquí el acto enjuiciado cuya publicación se omitió no tenía carácter normativo.

³⁸³ Vid. las SSTs de 16-5-1972 (Ar. 2481) y 17-12-1982 (Ar. 8024).

³⁸⁴ Vid. las SSTs de 29-11-1964 (Ar. 5354), 26-4-1966 (Ar. 2326), 10-5-1966 (Ar. 2501) y 5-3-1976 (Ar. 1755).

III. LA QUIEBRA DEL DOGMA DE LA NULIDAD DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES EN EL DERECHO ALEMÁN

1. CONTENIDO DEL DOGMA DE LA NULIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS ILEGALES

Según el llamado dogma de la nulidad, es nula toda norma que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico¹. Veamos lo que hay que entender por nulidad en el Derecho administrativo alemán.

En Alemania, la categoría de la nulidad de los actos del Poder ejecutivo se forjó en el siglo XIX como un sustituto de la inexistente posibilidad de impugnar ante los Tribunales dichos actos². Como los ciudadanos no podían obtener la tutela judicial de sus derechos frente a las actuaciones ilegales de la Administración³, la doctrina de la época trató de justificar que éstos tenían en determinados casos un derecho de resistirse al cumplimiento de tales actuaciones. Así, se partía del principio de que sólo los mandatos legales debían ser obligatorios. Los ciudadanos no debían obediencia a los mandatos ilegales. Sólo lo jurídico era obligatorio y, viceversa, lo antijurídico no lo era. Sin embargo, la admisión de un derecho de resistencia activa contra todo acto ilegal resultaba inviable, por lo que se llegó a la solución de que los administrados únicamente podían desobedecer de manera excepcional los mandatos cuya ilegalidad fuese evidente, manifiesta, patente. Sólo entonces les estaba permitido oponer resistencia. En cambio, cuando la ilegalidad no reunía dichas cualidades, debían prestar obediencia y, en su caso, reclamar ante las autoridades superiores de la que dictó el acto ilegal⁴.

¹ En relación con los reglamentos, vid. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1973, p. 138; JELLINEK, W., *Verwaltungsrecht*, 1931, (reimpr. 1948, pp. 262 y 263), que habla de ineficacia en vez de nulidad.

² Vid. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, pp. 43 y ss.; OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen», *NJW*, 1986, p. 2807, que estima que actualmente podría prescindirse de esta categoría; HILL, «Zur Dogmatik sogenannter Heilungsvorschriften im Kommunalverfassungsrecht», *DVBt*, 1983, p. 5.

³ Como señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., p. 39, n. 22, en el siglo XIX, «la Administración se libra..., del control judicial».

⁴ Vid. ERICHSEN, *Verfassungs- und Verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß*, Athenäum, Frankfurt, 1971, pp. 186 y ss.; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 38 y ss.

El problema de la obediencia o resistencia perdió interés para los iuspublicistas cuando comenzó a ser posible la impugnación jurisdiccional de los actos administrativos, pero las líneas maestras del desarrollo posterior de la teoría de su invalidez ya habían sido establecidas. Con OTTO MAYER queda fijada la distinción entre nulidad y anulabilidad en el ámbito jurídico-administrativo, de modo que, a partir de entonces, la doctrina se preocupará fundamentalmente de precisar qué actos deben reputarse nulos y cuáles anulables, sin que las consecuencias jurídicas que se anudan a estas dos categorías se pongan en cuestión⁵. MAYER estima que la ilegalidad de un acto administrativo no determina por regla general su ineficacia jurídica, porque al igual que una sentencia judicial éste obtiene su obligatoriedad de su propia fuerza, de haber sido emanado de un poder público, y no de su conformidad con la ley. Por ello, la ilegalidad de un acto administrativo sólo constituye una causa de posible anulación del mismo, que mientras tanto es eficaz. En cambio, este autor considera que el acto nulo es ineficaz y que la nulidad es una ineficacia que existe por sí misma. Un acto nulo en realidad no sería tal acto, sino sólo la apariencia del mismo⁶.

Actualmente, la mayoría de la doctrina⁷ sostiene que los actos nulos son ineficaces jurídicamente desde un principio —*ex tunc*— y sin necesidad de ulterior intervención —*ipso iure*—, de modo que la sentencia que establece su nulidad tiene carácter declarativo. Ineficacia aquí significa no obligatoriedad; los actos nulos no son obligatorios; los ciudadanos no deben observarlos ni las autoridades ejecutarlos. La nulidad puede hacerse valer por cualquiera en cualquier momento. Además, los vicios de nulidad no son subsanables.

Los actos anulables son, por el contrario, obligatorios y producen efectos jurídicos mientras no sean revocados o anulados a través de un determinado procedimiento y dentro de un cierto periodo de tiempo. Por esa razón, su revocación o anulación tiene carácter constitutivo. Los vicios que hacen a un acto anulable pueden ser subsanados. Sin embargo, se considera que la anulación de un acto anulable no necesariamente debe tener efectos *ex nunc*⁸. Es más, algunos autores señalan que como regla general debe tener eficacia *ex tunc*, retroactiva⁹.

⁵ IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 47 y 63 y ss. y 148 y ss.

⁶ Vid. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, t. I, pp. 97 y ss.

⁷ Vid., por ejemplo, ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (dir. Erichsen), 1995, § 15, m. 23 y ss.; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 149 y ss.; KOPP y RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2000, § 44; PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1997, pp. 137 y ss.; ULE y LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1995, p. 550; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, 1994, t. I, § 49, m. 43 y ss.

⁸ IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 150 y 151.

⁹ WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 49, m. 61.

Esta doctrina se refleja claramente en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, donde después de establecerse que «un acto administrativo es eficaz respecto a su destinatario o a quien afecta desde la fecha en que le se notifique», y que continúa siéndolo «mientras no sea revocado, anulado o se extinga por el transcurso del tiempo o de alguna otra manera», puede leerse que «un acto administrativo nulo es ineficaz» (apartados 1, 2 y 3 del § 43). También en la misma Ley, se contempla la subsanación de los actos anulables, pero no la de los nulos (§ 45.1), y que la Administración, de oficio o a solicitud de persona interesada, puede declarar en cualquier momento la nulidad de un acto administrativo (§ 44.5). Además, la acción procesal dirigida a obtener la declaración de nulidad no está sujeta a plazo¹⁰.

Conviene dejar claro que, de acuerdo con esta concepción, eficacia significa obligatoriedad, producción de los efectos jurídicos queridos por la declaración de voluntad en que el acto consiste¹¹. Cuando se afirma que un acto nulo es ineficaz o que no produce efectos lo único que se está queriendo decir es que no vincula, que de dicho acto no nace ningún derecho u obligación. Los mandatos que contiene no deben ser cumplidos, y los derechos que crea no existen en el mundo jurídico. Ello no quiere decir que posteriormente, en el terreno de los hechos, el acto nulo haya sido ejecutado o las conductas de la Administración o de los ciudadanos se hayan ajustado a lo que en el mismo se disponía. El que algo deba o no deba ser no implica que luego efectivamente lo sea o no lo sea. En definitiva, aquí se está empleando el término eficacia en un sentido jurídico, que alude al orden del deber ser y no en un sentido fáctico, que se mueve en el ámbito de la realidad, del ser¹².

Hecha esta precisión, debe advertirse que hay autores que se apartan, en mayor o menor medida, de esta concepción dominante. MAURER afirma que «el significado real de la nulidad reside ante todo en el ámbito procesal: el ciudadano no necesita impugnar el acto administrativo dentro de un determinado plazo; puede ignorarlo y en caso de que posteriormente se pretenda ejecutar el mismo, interponer contra las medidas de ejecución los recursos pertinentes»¹³. Por el contrario, la alegación de la ilegalidad de los actos anulables, «en interés de la seguridad jurídica, se reserva a un determinado procedimiento y, además, se limita temporalmente»¹⁴. SCHNAPP niega que la

¹⁰ Vid. el § 43.1 VwGO y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción...*, cit., pp. 342 y 343.

¹¹ Vid. KOPP y RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., § 43, m. 3; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 9, m. 66 y § 10, m. 20; PEINE, *Allgemeines...*, cit., pp. 152 y 153; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 48, m. 7.

¹² Hace hincapié en esta distinción IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 154 y ss. En contra, BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, 1966, pp. 41, 62 y 115 y ss.

¹³ MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 36.

¹⁴ MAURER, «Bestandskraft für Satzungen?», *Festschrift für Bachof*, 1984, p. 215.

nulidad opere *ipso iure* y que las sentencias que declaran la misma tengan efectos meramente declarativos¹⁵. Según VON HIPPEL, lo que caracteriza esencialmente a la nulidad frente a la anulabilidad es que la primera puede hacerse valer una vez transcurrido el plazo establecido para utilizar los recursos ordinarios pertinentes contra el acto en cuestión, bien incidentalmente, bien a través de una acción especial declarativa, bien durante la ejecución del acto¹⁶. BÖCKENFÖRDE estima que el enunciado según el cual la nulidad es una consecuencia jurídica que se produce *ipso iure* constituye una ficción; se trataría de una fórmula simplificada y abreviada de expresar cierto régimen jurídico. En concreto, cuando se afirma que un acto es nulo o ineficaz *ipso iure*, lo que en realidad se quiere decir es que la posibilidad de atacar dicho acto no queda afectada por el transcurso de plazo preclusivo alguno. Nulidad y anulabilidad sólo se distinguen en que la posibilidad de accionar contra un acto nulo no está sujeta a plazo¹⁷.

2. ORIGEN DEL DOGMA DE LA NULIDAD

La tradicional regla que ahora estudiamos se originó al hilo de la cuestión de si los Jueces podían inaplicar las leyes inconstitucionales y los reglamentos ilegales¹⁸, que constituye uno de los temas más controvertidos y caros a la doctrina alemana del siglo XIX y de principios del XX. Y es que la significación política e ideológica del problema era enorme, como el conflicto constitucional del Electorado de Hessen de 1850 puso de manifiesto¹⁹. El derecho de control judicial (*richterliches Prüfungsrecht*) de leyes y reglamentos permitía asegurar el respeto del reparto de las competencias entre representación popular

¹⁵ SCHNAPP, «Die Nichtigkeit des Verwaltungsakts-Qualität oder Qualifikation?», *DVBf*, 2000, pp. 247 y ss.

¹⁶ VON HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 1960, p. 105.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 25 y 26.

¹⁸ Vid. IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 23 y ss.; MAURER, «Bestandskraft...», cit., p. 221; OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2807.

¹⁹ Ante la persistente negativa del Parlamento a aprobar el presupuesto, el Gobierno lo disolvió y dictó un reglamento sin previa habilitación legal que permitía seguir procediendo a la exacción de ciertos tributos. Esta actuación encontró la resistencia de parlamentarios, funcionarios, muchos oficiales del ejército y del Tribunal Superior de Apelación que, sólo ocho días después de la emisión del reglamento, encontró la manera de declararlo inconstitucional en vía incidental. Este Tribunal se negó a exigir el pago de un tributo por el sellado de las sentencias que expedía basándose en que la disposición que permitía dicha exacción era ilegal, y así se lo hizo saber al Gobierno. Sobre este episodio, vid. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 1988, t. II, pp. 908 y ss.

y monarca²⁰ y, en definitiva, la sumisión de este último al Derecho. Detrás de las razones teóricas, las tesis a favor o en contra de este derecho de control estaban marcadas muchas veces por la decisión personal del correspondiente autor en pro del parlamentarismo o del principio monárquico²¹. En la época de Weimar serán curiosamente el anti-parlamentarismo y el anti-positivismo los que apoyen la inaplicación de las leyes inconstitucionales²².

En los albores del siglo XIX, algunos autores estimaban que al Juez le competía inevitablemente examinar si la norma que se hacía valer en un litigio tenía el carácter, o no, de ley, esto es, si reunía los requisitos de forma externa establecidos por la constitución, a saber: aprobación por el Parlamento [en realidad, se trataría de un requisito de competencia], promulgación, refrendo y publicación. Otros añadían que la norma debía tener carácter general, o vigencia hacia el futuro. Había autores que se mostraban contrarios al «derecho de control» pero, en realidad sólo lo estaban parcialmente, pues estimaban que el Juez debía aplicar toda norma promulgada y publicada, con lo que, implícitamente, admitían la posibilidad de inaplicar judicialmente las no promulgadas o no publicadas²³.

En 1860, VON MOHL prestó fundamento teórico a la inaplicación de las leyes de contenido inconstitucional. Según este autor, entraba dentro de las tareas del Juez el resolver las contradicciones entre leyes de acuerdo con las reglas de la ciencia jurídica. En caso de contradicción entre la constitución y la ley, el Juez debía preferir la aplicación de la primera por ser «la más alta»²⁴. Otros autores se pronunciaron luego en el mismo sentido. Por ejemplo, JAUQUES acuñó la frase *lex superior derogat inferiori*²⁵. El Tribunal del Imperio zanjó la polémica en 1925 al afirmar expresamente el derecho del Poder judicial de controlar la constitucionalidad formal y material de las leyes, basándose en la supremacía de la constitución sobre las mismas²⁶.

Por lo que se refiere a las normas reglamentarias, estimaba, por ejemplo, Georg JELLINEK que el «derecho judicial de control se extiende tanto a la legalidad formal del reglamento, como a la material»²⁷. Pero debe tenerse muy

²⁰ JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung*, 1887, (reimpr. 1919, pp. 395 y ss.), que estimaba insuficiente al respecto la inédita responsabilidad del Ministro por la emisión de reglamentos ilegales y por el refrendo de leyes inconstitucionales.

²¹ IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 23 y 24.

²² *Ibidem*, p. 57.

²³ *Ibidem*, pp. 24 y ss. Vid. alguna referencia al respecto en CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, 1987, pp. 73 y 80.

²⁴ *Apud* IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 31 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 36.

²⁶ Sobre la cuestión en la época de Weimar, vid. CRUZ VILLALÓN, *La formación...*, cit., pp. 71 y ss.; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 57 y ss.; MAURER, «Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung», *DÖV*, 1963, pp. 683 y ss.

²⁷ JELLINEK, G., *Gesetz...*, cit., p. 409.

presente que este autor consideraba como requisitos de forma «la declaración del texto del reglamento, la resolución de su publicación, la sanción, la promulgación del documento del reglamento, la orden de su publicación y la publicación misma»²⁸. Puede observarse que no se mencionaba entre los requisitos formales la necesidad de observar un determinado procedimiento para preparar o formar la voluntad administrativa. Todavía en 1973, dice FORSTHOFF que el reglamento queda sometido tanto en su aspecto formal como material al mencionado derecho judicial de control; y añade que el control formal «se extiende a la validez de la producción del reglamento, a cuyo efecto la habilitación legal y la pertinente publicación quedan en primer plano»²⁹.

Los autores de la época estimaban que la sanción jurídica que debía corresponder a las leyes inconstitucionales y a los reglamentos ilegales era la «invalidéz», la «no obligatoriedad», la «falta de existencia jurídica», en definitiva, lo que entiende la actual doctrina alemana por nulidad³⁰. Y es que, como ha señalado MAURER, la nulidad de las normas contrarias a Derecho constituía el presupuesto jurídico-dogmático del derecho de control judicial, puesto que sólo una norma jurídica calificada como nula podía ser inaplicable por el Juez³¹.

Lo que nosotros queremos poner de relieve es que el dogma que estamos considerando se originó en relación con los vicios de contenido, incompetencia y forma externa de manifestación de leyes y reglamentos, sin que hubiese podido contrastarse aún su viabilidad respecto de los vicios relativos al procedimiento de su elaboración. Se comprende que Walter JELLINEK afirmara que «el reglamento lleva escrito el vicio en la frente»³², pues los vicios de incompetencia, publicación y contenido pueden, en principio, ser advertidos a partir del texto en el que se exterioriza la norma, lo que no les sucede, por regla general, a los de procedimiento. Si nos centramos en el caso de las disposiciones reglamentarias, podemos apreciar que el mencionado dogma se forma sin tener en cuenta a los vicios de procedimiento por circunstancias semejantes a las del caso español:

En el Derecho alemán todavía hoy no se ha regulado con carácter general el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias³³. Si dejamos aparte el caso de las ordenanzas³⁴ locales, tenemos que sólo de modo relativa-

²⁸ Ibídem, p. 394.

²⁹ FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, cit., p. 138.

³⁰ IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., p. 37.

³¹ MAURER, «Bestandskraft...», cit., p. 221.

³² JELLINEK, W., *Verwaltungsrecht*, cit., p. 263, que afirma que la ilegalidad del reglamento es evidente, mientras que la del acto administrativo se oculta muchas veces detrás de los hechos.

³³ Vid. OSSENBUHL, «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (ed. Erichsen), 1995, § 6, m. 25 y ss.

³⁴ En Alemania no suele hacerse referencia a las disposiciones reglamentarias en bloque, sino que se distingue entre *Verordnungen* (reglamentos), dictados por el Poder

mente reciente algunas leyes han comenzado a establecer ciertos trámites que deben seguirse para elaborar reglamentos en concretas y determinadas materias³⁵. No se podían plantear demasiados supuestos en los que se debatiera la validez de un reglamento ilegal en cuanto a su procedimiento. Resulta significativo que sea en relación con las ordenanzas locales, cuyo procedimiento de elaboración constituye una fuente de frecuentes ilegalidades debido a la intensidad de la regulación legislativa y a los limitados recursos de los Municipios³⁶, donde el dogma de la nulidad ha comenzado a quebrarse. Y también resulta significativo que en las contadas ocasiones en las que los Tribunales han tenido que ocuparse de los vicios de procedimiento de los restantes reglamentos haya ocurrido otro tanto.

El contencioso-administrativo alemán, configurado conforme a un modelo que trata sobre todo de proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos, antes que de controlar la legalidad de la actuación de las Administraciones, se muestra tradicionalmente muy restrictivo a la hora de admitir que los ciudadanos puedan pretender ante los Tribunales la anulación de normas reglamentarias³⁷. En un primer momento, se dejó en manos de los *Länder* el establecimiento de un recurso contra los reglamentos subordinados a la legislación de éstos, a saber, los que ellos mismos dictasen y las ordenanzas locales³⁸. De modo casi simultáneo a la promulgación de la Ley Federal de Urbanismo³⁹ —que regulaba con profusión el procedimiento de elaboración de un tipo de ordenanzas locales: los planes urbanísticos⁴⁰—, cinco *Länder* introdujeron este recurso⁴¹. En 1976, se produjo una reforma de la legislación

ejecutivo, y *Satzungen* (ordenanzas), emanadas por personas de Derecho público —v. gr., un Municipio— en el ejercicio de la autonomía que tienen legal o constitucionalmente reconocida. Vid., al respecto, OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., § 6, m. 63 y ss.; MAURER, «Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung», *DÖV*, 1993, pp. 184 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, 1981, pp. 4 y ss.

³⁵ Vid. OSSENBUHL, «Rechtsverordnung», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), 1988, t. III, pp. 408 y ss.

³⁶ HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, pp. 78 y 79.

³⁷ Vid. KOPP, «Änderungen im Verwaltungsprozeßrecht», *NJW*, 1976, pp. 1963 y 1964; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 28, m. 32 y ss.

³⁸ Ley de 24-8-1976 (BGBl I, pp. 2437 y ss.). Al respecto, vid. KOPP, «Änderungen...», cit., *in toto*.

³⁹ BBauG de 23-6-1960 (BGBl I, pp. 341 y ss.).

⁴⁰ El § 10 BBauG cerró la polémica habida sobre el carácter normativo de los planes de edificación. El actual § 10.1 BauGB dice que «el Municipio adopta el plan de edificación en calidad de ordenanza».

⁴¹ Vid. las Leyes para la ejecución de la VwGO de Bayern (Ley de 28-11-1960), de Hessen (Ley de 6-2-1962), de Baden-Württemberg (Ley de 22-3-1960), de Bremen (Ley de 15-3-1960) y de Schleswig-Holstein (Ley de 11-2-1961).

procesal y desde entonces estos planes son recurribles en todo caso, independientemente de lo que dispongan los *Länder*⁴².

Interesa resaltar que la posibilidad de pretender ante los Tribunales la anulación de estas disposiciones reglamentarias no ha estado sometida a plazo⁴³ hasta 1996⁴⁴. Aquí el Derecho alemán se mostraba absolutamente coherente con el dogma de la nulidad y con el contenido de esta categoría jurídica. La ilegalidad de aquéllas podía discutirse en todo momento. Los reglamentos ilegales debían ser declarados nulos cualquiera que fuese el vicio en el que hubieran incurrido y cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde su emanación.

Pues bien, teniendo en cuenta todas estas circunstancias, no creemos que obedezca a la casualidad el que sea en relación con los planes de urbanismo —la parte del león de los recursos contra reglamentos⁴⁵— donde el legislador ha comenzado a corregir el viejo dogma cuyo estudio nos ocupa. El establecimiento de un procedimiento que había de seguirse para elaborar ciertas disposiciones reglamentarias hizo surgir un problema que hasta el momento no se había planteado: el régimen jurídico de los reglamentos viciados en su procedimiento. La posibilidad de discutir sin límite temporal y en vía principal la validez de estos reglamentos permitió verificar que la regla según la cual cualquier ilegalidad determinaba perpetuamente la ineficacia jurídica de la norma que la sufre —regla que se había formado teniendo en cuenta únicamente los vicios de contenido, de competencia y de forma externa— resultaba inadecuada para resolver el nuevo problema. En las páginas que siguen podrá apreciarse esto con mayor claridad.

3. LAS QUIEBRAS DEL DOGMA DE LA NULIDAD

La doctrina tradicional acerca de la nulidad de las normas jurídicas ilegales ha sufrido dos fallas. En varias ocasiones, el Tribunal Constitucional

⁴² De acuerdo con el vigente § 47.1.1 VwGO, «las ordenanzas locales que hayan sido dictadas de acuerdo con los preceptos del BauGB, así como las disposiciones fundadas en el § 246.2» BauGB. *Vid.*, al respecto, SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pp. 262 y ss.; y REDEKER, K., VON OERTZEN y REDEKER, M., *Verwaltungsgerichtsordnung*, cit., pp. 275 y ss.

⁴³ Las Leyes citadas de Schleswig-Holstein y de Bremen así lo disponían expresamente. Los Tribunales y la doctrina estimaron que tampoco caducaba la acción en el caso de las leyes de los otros *Länder* porque aquí lo que se cuestionaba era la validez de una norma jurídica. *Vid.* EYERMANN y FRÖHLER, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 1974, p. 349.

⁴⁴ La Sexta Ley de Modificación de la VwGO y otras Leyes, de 1-11-1996, fija ahora un plazo de dos años a contar desde la publicación del reglamento (§ 47.2 VwGO).

⁴⁵ HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998, § 30, m. 20.

Federal, en vez de declarar la nulidad de una ley cuya inconstitucionalidad había previamente constatado⁴⁶, se ha limitado a afirmar dicha inconstitucionalidad⁴⁷ y a acompañar dicha afirmación con pronunciamientos que no tenían cobertura expresa en texto jurídico positivo alguno: establecimiento de una regulación transitoria, mantenimiento provisional de la vigencia la ley inconstitucional y/o apelación al legislador para que éste ajustase la misma a lo dispuesto en la Constitución. A veces, ha declarado la nulidad de una norma legal, pero limitando más allá de lo que permite expresamente la Ley del Tribunal Constitucional Federal los efectos *ex tunc* que según la teoría tradicional debía tener dicha declaración. En algún caso, ha estimado que la ley enjuiciada no era constitucional, pero que amenazaba con serlo o que lo sería en un futuro próximo⁴⁸ —hay quien opina que aquí el Tribunal Constitucional eludió declarar inconstitucional la ley en cuestión presionado por las consecuencias que, de acuerdo con el dogma de la nulidad, debían derivarse de esta declaración⁴⁹—. Estas soluciones jurisprudenciales han dado pie a que un sector de la doctrina haya criticado el referido dogma⁵⁰. Sin embargo, este sector doctrinal no cuestiona el contenido que tradicionalmente se asigna a las categorías de la nulidad y de la anulabilidad, sino que, a la vista de que calificar a las leyes inconstitucionales como nulas —entendida la nulidad en un sentido tradicional— deja por explicar y resolver numerosas cuestiones, sostiene que estas leyes deben ser consideradas como anulables —entendida la anulabilidad a la manera tradicional—, esto es, válidas mientras no las anule el Tribunal Constitucional⁵¹.

⁴⁶ Como todavía disponen los §§ 78 y 95.3 BVerfGG.

⁴⁷ Esta práctica fue recogida por la Ley de 21-12-1970, que modificó el § 31.2 BVerfGG, donde ahora se contempla la posibilidad de efectuar tales declaraciones, aunque no se dice en qué supuestos ni con qué efectos jurídicos.

⁴⁸ *Vid.* una descripción de estas soluciones en BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 69 y ss.; HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, 1988; IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 104 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 19 y ss.; PESTOLAZZA, «*Noch verfassungsmäßige und bloß verfassungswidrige Rechtslagen*», *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, t. I, 1976, pp. 519-567.

⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 13 y ss. y 81, 82, 89, 90 y 130.

⁵⁰ *Vid.*, por todos, BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., *in toto*; HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, 1997, pp. 49 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., pp. 97 y ss. Entre los partidarios del tradicional dogma de la nulidad destaca IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit. Una posición ecléctica —la nulidad es la regla general— sigue HARTMANN, «*Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen?*», *DVBt*, 1997, p. 1264 y ss.

⁵¹ *Vid.*, entre otros, BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 89 y ss.; HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 58 y ss., esp. p. 75; HOFFMANN, «*Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*», *JZ*, 1961, esp. p. 198; MOENCH, *Verfassungswidriges...*,

Esta problemática nos interesa ahora relativamente poco. Fundamentalmente porque esta jurisprudencia, aunque no se ajusta a la imagen tradicional de la categoría de la nulidad, resulta perfectamente compatible con la concepción de la misma que parte de la doctrina española ha defendido y que nosotros sustancialmente compartimos. Si se identifica nulidad con ineficacia jurídica —no obligatoriedad— *ipso iure y ex tunc*, y se dice que toda norma inconstitucional es nula, no se entiende cómo una ley declarada inconstitucional por un Tribunal puede seguir obligando durante un cierto tiempo. Si, por el contrario, se parte de que la esencia del régimen de nulidad consiste en que los actos nulos, por padecer vicios extraordinariamente graves, no adquieren validez por el mero transcurso del tiempo, dicha jurisprudencia, por sí sola, no impide seguir manteniendo la nulidad de las leyes inconstitucionales, porque ni en nuestro Derecho ni en el alemán existe un límite temporal a efectos de poder cuestionar y juzgar la validez de las normas legales. Desde esta premisa, a nosotros nos parece perfectamente coherente sostener que toda ley inconstitucional es nula de pleno derecho⁵² y aplaudir luego la «doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales»⁵³.

La segunda falla que ha sufrido el mentado dogma merece toda nuestra atención. Lo que aquí va a quedar en entredicho no es el contenido que tradicionalmente suele asignarse a la categoría de la nulidad, sino el que todas las ilegalidades de una norma jurídica tengan como sanción la nulidad de pleno derecho. El legislador se encargará de romper dicha correlación con respecto a un tipo de normas jurídicas: las ordenanzas locales. En esta corrección legislativa del dogma de la nulidad centraremos nuestro estudio.

No obstante, también hay que dar cuenta de una línea jurisprudencial que ha desmentido dicho dogma en relación con los reglamentos emanados por el Gobierno. El Tribunal Contencioso-administrativo Federal ha declarado que el trámite de audiencia a cierta organización previo a la adopción de un reglamento quedaba fuera del procedimiento de su elaboración propiamente dicho, por lo que su omisión no determinaba un vicio de procedimiento. Se trata de una interpretación jurisprudencial un tanto discutible⁵⁴, pero lo que

cit., pp. 142 y ss. Estas tesis son deudoras de Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 283, para el que «una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable»; y ello porque «fue válida hasta su supresión; no fue nula desde un comienzo».

⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 161 y 163.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *REDA*, 61, 1989, pp. 5-17.

⁵⁴ Vid. las críticas de MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 13, m. 17; VON DANWITZ, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, pp. 158 y ss. Sobre esta jurisprudencia, vid., también, HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 66 y ss.

importa destacar es que la misma se apoyaba, de un lado, en los perjuicios que a la seguridad jurídica produciría la nulidad de la disposición general elaborada con omisión de esos trámites⁵⁵ y, de otro, en que «no toda infracción de las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de reglamentos debe tener necesariamente por consecuencia su nulidad, sino que en estos casos ha de tomar sitio una consideración diferenciada y la consecuencia de la nulidad ha de hacerse depender, entre otras circunstancias, de la gravedad del vicio, del significado y finalidad del trámite de participación y del peso del correspondiente derecho de participación»⁵⁶.

Mucho más interesante resulta el Auto del Tribunal Constitucional Federal de 11 de octubre de 1994⁵⁷, que, en vía incidental, considera válido y aplicable un reglamento inconstitucional que prohibía bajo reserva de autorización la exportación de ciertas mercancías nucleares. El Tribunal estima inconstitucional el procedimiento a través del cual se había formado la voluntad del Gobierno Federal. No obstante, afirma que dicho vicio no era evidente, pues el Gobierno procedía conforme a una reiterada práctica. «La norma así adoptada era generalmente vista como válida y constituía el fundamento jurídico para numerosos actos de aplicación. Administración y destinatarios habían confiado en su validez. Si todos los reglamentos jurídicos aprobados a través de [ese procedimiento] fuesen siquiera temporalmente inaplicables, ello conduciría a una situación que sería todavía menos conforme con el ordenamiento constitucional que la tolerancia de la praxis inconstitucional para el pasado». Y, citando una sentencia suya anterior⁵⁸, dice que «mientras que en el caso de los vicios de contenido la consecuencia normal es la nulidad, un vicio de procedimiento sólo acarrea la nulidad de la norma cuando es evidente. Así lo impone el respeto a la seguridad jurídica». Para concluir, el Tribunal declara que en el futuro dicho vicio resultará evidente, por lo que el reglamento que lo padezca será nulo.

4. EL CONTEXTO DE LA QUIEBRA LEGISLATIVA DEL DOGMA DE LA NULIDAD

A) La revalorización del procedimiento administrativo

Algunos autores advierten que resulta paradójico que todas las reformas legislativas de las que posteriormente daremos cuenta y que, al fin y al cabo,

⁵⁵ Vid. el A del BVerwG de 25-10-1979 (BVerwGE 59, pp. 49 y ss., aquí, 52 y 53).

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

⁵⁷ (DVBl, 1995, pp. 96 y ss.); este A desestima un recurso de amparo interpuesto contra la denegación de una autorización para exportar mercancías nucleares a Irak.

⁵⁸ S de 26-7-1979 (BVerfGE 34, pp. 9 y ss., esp. p. 25), relativa a una ley.

vienen a establecer que en determinados supuestos un reglamento que padece un vicio de procedimiento o de forma es válido, coincidan con un aumento de la valoración positiva del procedimiento administrativo entre la doctrina, que encuentra su reflejo en la jurisprudencia y en ciertos sectores del Derecho positivo⁵⁹. SCHMIDT-ASSMANN señala que «no hay otra tendencia del reciente desarrollo del Derecho administrativo que se base sobre un consenso tan amplio de la doctrina y la jurisprudencia como la acentuación del Derecho del procedimiento»⁶⁰.

En efecto, la doctrina ha destacado las muchas bondades del procedimiento administrativo, que resulta imprescindible para proteger eficazmente los derechos de los ciudadanos, así como para garantizar el acierto y legitimar las decisiones de los poderes públicos⁶¹. Esta tendencia también encuentra su eco en la jurisprudencia y en la legislación. De hecho, el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la instalación de la central nuclear *Mühlheim-Kärlich*⁶², junto con la promulgación de las leyes de procedimiento administrativo de la Federación y de los *Länder*⁶³, representaron un impulso decisivo en la revalorización de dicho procedimiento⁶⁴. En el mencionado Auto se consideró que las normas de procedimiento administrativo tienen, en ciertos supuestos, una función de protección de los derechos fundamentales. En estos casos, la infracción de dichas normas supone una lesión del correspondiente derecho fundamental.

Por lo que hace al procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias en general y al de planeamiento urbanístico en particular, la tendencia a su revalorización cobra una especial intensidad, lo que resulta perfectamente explicable:

⁵⁹ BATTIS, «Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle», *DÖV*, 1981, pp. 436 y 436 y ss.; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 43; MORLOK, *Die Folgen von Verwaltungsfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, 1988, pp. 14 y ss.; SCHMIDT-ASSMANN, «Unzulässige Sanktionierungen von Verfahrensfehlern beim Erlass von Satzungen», *VR*, 1978, pp. 85 y 86.

⁶⁰ SCHMIDT-ASSMANN, «Unzulässige...», cit., p. 85.

⁶¹ *Vid.* un completo resumen de tales bondades en HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 199 y ss. Sobre la revalorización de este procedimiento, *vid.* PIETZCKER, «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, 41, 1983, pp. 201 y ss.; SCHOCH, «El pensamiento procesal en el Derecho administrativo general», *DA*, (trad. Nieto König), 235-236, 1993, pp. 277 y ss.

⁶² A del BVerfG de 20-12-1979 (BVerfGE 53, pp. 30 y ss., esp. pp. 62 y ss.).

⁶³ La *VwVfG* es de 25-5-1976. Sobre la codificación en Alemania del Derecho regulador del procedimiento administrativo, *vid.* BADURA, «Das Verwaltungsverfahren», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (dir. Erichsen), 1995, § 33, m. 12 y ss.; ULE y LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., pp. 33 y ss.

⁶⁴ BADURA, «Das Verwaltungsverfahren», cit., § 33, m. 4.

Un primer criterio a la hora de valorar y configurar el procedimiento que ha de seguirse para adoptar un acto es el grado de discrecionalidad y de complejidad de éste. Las exigencias con las que hay que configurar el procedimiento a través del cual se elabora una decisión crecen cuanto mayor es la complejidad de la misma o más amplio es el margen de discrecionalidad disponible por la Administración para decidir⁶⁵. El aumento de estas exigencias vendría a compensar la disminución de la intensidad con la que la ley predetermina y los Tribunales controlan los restantes elementos de la actuación⁶⁶. El «carácter compensatorio» del procedimiento se deja sentir también en el momento de la aplicación judicial del Derecho. SCHLICHTER, profesor y magistrado del Tribunal Contencioso-administrativo Federal, advierte que «cuanto más difícil es el examen de la corrección material de una decisión, tanto más creen los Tribunales deber garantizar a través de un estricto control jurídico que al menos el procedimiento formal ha sido correctamente observado»⁶⁷. Como en el caso de la potestad reglamentaria el margen de discrecionalidad es relativamente amplio y la multitud de circunstancias e intereses que debe ponderar la Administración para dictar un reglamento hacen que la adopción del mismo constituya una decisión verdaderamente compleja, es lógico que la observancia del procedimiento para elaborar disposiciones generales haya de considerarse especialmente valiosa y necesaria⁶⁸. «Asumida la necesidad de la discrecionalidad administrativa para hacer frente a las complejidades del mundo moderno, todas las miradas se vuelven hacia el procedimiento»⁶⁹.

Un segundo criterio es el de la gravedad con la que la correspondiente decisión afecta a los derechos e intereses de los ciudadanos. Cuanto mayor es la intensidad de la afectación o la importancia del derecho o interés afectado, mayor es la necesidad de proteger al titular del mismo a través de una serie de trámites y, por consiguiente, tanto más formalizado estará el procedimiento.

⁶⁵ *Vid.*, entre otros, HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 201 y ss., 249 y ss. y 359 y ss.; HUFEN, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 1998, m. 34 y ss. y 447; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 19, m. 9; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 15 y ss. y 131.

⁶⁶ En España, BAÑO LEÓN, «El procedimiento de urgencia para la aprobación de las normas subsidiarias y su control por los Tribunales», *PJ*, 20, 1990, p. 20; DE LA CRUZ FERRER, «Hacia...», cit., p. 132, advierten también el valor «compensatorio» del procedimiento de elaboración de reglamentos.

⁶⁷ SCHLICHTER, «Baugesetzbuch oder Selbstkorrektur der Rechtsprechung», *ZfBR*, 1985, p. 108.

⁶⁸ *Vid.* SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 14.

⁶⁹ COMELLA DORDA, *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos*, 1997, p. 70, que describe la creciente e intensa formalización del procedimiento de elaboración de reglamentos y el estricto control jurisdiccional de su corrección que ha tenido lugar en dicho país (pp. 44 y ss.).

to⁷⁰. Ello explica que la densidad de la regulación del procedimiento establecido para dictar planes urbanísticos sea mucho mayor que en el caso de otros reglamentos. El grado de intensidad, concreción e individualización con el que estos planes regulan los derechos de los ciudadanos —principalmente, el de propiedad, que en Alemania es un derecho fundamental⁷¹— supera sin duda alguna al de otras disposiciones reglamentarias. Además, la gravedad de la afectación no se ve compensada con una reducción del margen de discrecionalidad del que dispone el titular de la potestad de planeamiento urbanístico, ni mucho menos. La ley no puede satisfacer ni de lejos el nivel de concreción que exige la regulación normativa del fenómeno urbanístico en las sociedades contemporáneas, por lo que el margen de discrecionalidad otorgado a la Administración para dictar dichos planes es mayor que en el caso de otros reglamentos⁷².

Pero las criticadas regulaciones legislativas a las que más adelante haremos referencia no contradicen la revalorización del procedimiento administrativo, sino que son su consecuencia lógica. Según lo vemos nosotros, dicha revalorización hizo que el viejo dogma de la nulidad se enfrentase a un nuevo problema —los reglamentos viciados en su procedimiento— y se mostrase incapaz de superarlo satisfactoriamente. La nueva situación demandaba una nueva regulación⁷³.

B) El fracaso del planeamiento urbanístico ante los Tribunales

Las reformas legislativas que más adelante estudiaremos constituyen un intento de poner freno a las declaraciones judiciales de nulidad que venían sufriendo un tipo concreto de normas jurídicas, los planes urbanísticos, más exactamente, los planes de edificación (*Bebauungspläne*)⁷⁴. El indiscutido

⁷⁰ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 199, 200, 293 y ss.; HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 447; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., p. 92.

⁷¹ Vid. el art. 14 GG.

⁷² En España, BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, 1991, p. 138 y ss., estima que la gran amplitud de la remisión que las normas legales efectúan en favor de los planes urbanísticos en materia reservada a la ley queda compensada por la participación pública que se produce en el procedimiento de elaboración de los mismos.

⁷³ GAENTZSCH, «Rechtsfolgen von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitplänen», *Festschrift für F. Weyreuther*, 1993, p. 251, estima que de regulaciones como las de los §§ 214-216 BauGB «hay tanta más necesidad y su aplicación obtiene tanto mayor significado cuanto más severas son las exigencias para la producción de un acto jurídico o más rigurosa es la vara de medir de los Tribunales».

⁷⁴ Como señala GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 249, las nuevas disposiciones legislativas estaban pensadas para los *Bebauungspläne*; de hecho, apenas se han aplicado a otros planes urbanísticos.

dogma de la nulidad exigía privar de efectos jurídicos al plan aquejado de cualquier ilegalidad, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde que se había dictado.

Hay quien habla de un «fracaso masivo» del planeamiento⁷⁵, pero algunos estudios han puesto de relieve que la relevancia cuantitativa del problema era más bien modesta: el número de ocasiones en que un plan urbanístico se vio privado de efectos por un Tribunal era relativamente reducido⁷⁶, aunque, eso sí, un porcentaje extraordinariamente alto de los planes impugnados resultaban finalmente anulados⁷⁷. Lo que está claro es que desde un punto de vista cualitativo el problema tenía una cierta gravedad: la declaración de nulidad del plan producía una gran inseguridad jurídica⁷⁸, sobre todo, cuando la invalidez obedecía a un «vicio oculto» que quedaba al descubierto transcurrido un largo periodo de tiempo desde que el plan en cuestión había sido publicado⁷⁹. La anulación de esta disposición reglamentaria frustraba la consecución de los intereses públicos perseguidos por la misma, sumía en la incertidumbre al Municipio y a los ciudadanos que habían realizado inversiones confiando en la validez del plan y, a veces, causaba lesiones patrimoniales de las que tenía que responder dicha Entidad local⁸⁰. Los vicios que con más frecuencia determinaban la anulación de los planes urbanísticos impugnados eran los de procedimiento y forma, así como los «vicios de la ponderación»⁸¹, de los que luego hablaremos. En algunas ocasiones, la anulación frustraba «sólo» temporalmente la satisfacción de aquellos intereses públicos y privados, puesto que el Municipio adoptaba un nuevo plan idéntico al anulado,

⁷⁵ GAENTZSCH, «Wie kann das Planungsrecht weniger rechtsmittelanfällig gemacht werden?», *DVBZ*, 1985, p. 29 y 30.

⁷⁶ El 1,2 % de los planes adoptados, según SCHARMER, *Bebauungspläne in der Normenkontrolle. Ursachen und Folgen des Scheiterns von Plänen*, 1988, p. 52.

⁷⁷ Vid. SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., p. 38; SCHLEZ, «Die Fehlerquellen beim Bebauungsplan und das Abwägungsgebot des § 1.4.2 BBauG», *BauR*, 1974, pp. 289-293, que nos ofrece datos de Baden-Württemberg.

⁷⁸ Vid. GERSCHLAUER, «Fortbestand von Bebauungsplänen trotz Verfahrensmängeln», *DÖV*, 1984, pp. 493 y ss.; SCHLICHTER, «Baugesetzbuch...», cit., p. 109.

⁷⁹ SCHÄFER y SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbaugesetz*, 1984, p. 323; SCHMIDT-ASSMANN, «Die Novelle zum Bundesbaugesetz», *NJW*, 1976, p. 1916.

⁸⁰ Vid. un análisis de estas consecuencias en GERSCHLAUER, «Fortbestand...», cit., pp. 494 y ss.; GAENTZSCH, «Wie kann...», pp. 29 y ss.; SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., pp. 138 y ss.

⁸¹ SCHÄFER y SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Praktische...*, cit., p. 317; SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., pp. 58 y ss.; GAENTZSCH, «Wie kann...», cit., pp. 31 y ss.; GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle aus der Sicht des Rechtsschutzes. Vertrauensschutz als Kontrollgrenze», *BauR*, 1979, p. 19.

aunque esta vez libre de vicios de procedimiento y de la ponderación. Pero otras veces, dicha frustración resultaba definitiva e irreversible⁸².

Dos fueron las causas que de modo más decisivo condujeron a esta situación⁸³:

De un lado, el procedimiento establecido legalmente para elaborar planes urbanísticos se mostró impracticable, por lo que constituía una «fuente inagotable de vicios de la que podían nutrirse continuamente tanto un abogado diestro como un Juez atento»⁸⁴. Como los Municipios a duras penas podían dar cumplimiento a todas las exigencias legales, la propensión de estas normas a padecer un defecto de procedimiento era, pues, bastante alta. Cierta autor estimaba, por ejemplo, que en Colonia había que considerar nulos, aproximadamente, el 95 % de los planes urbanísticos⁸⁵.

De otro lado, la jurisprudencia se venía mostrando especialmente «puntillosa» a la hora de exigir la observancia del mencionado procedimiento, sancionar su incumplimiento, y deducir nuevas exigencias del «mandato de ponderación», o, dicho de otra manera, de encontrar nuevas técnicas que permitiesen controlar la discrecionalidad inherente a la potestad de planeamiento. También se le reprocha a esta jurisprudencia su falta de claridad y uniformidad —a la que contribuía el hecho de que el Tribunal Contencioso-administrativo Federal no fuese competente para conocer de los procesos contra normas reglamentarias⁸⁶— así como su imprevisibilidad. Con cierta frecuencia, la ilegalidad de un plan era fruto de una sorpresiva creación jurisprudencial que, en la práctica, actuaba con eficacia retroactiva, por lo que los Municipios difícilmente podían prever y evitar la invalidez de aquél. Por su parte, los ciudadanos acudían en muchas ocasiones a los Tribunales simplemente con la esperanza de que éstos, desarrollando nuevos requerimientos a partir de dicho mandato de ponderación o investigando el procedi-

⁸² SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., pp. 139 y ss.

⁸³ El análisis más completo al respecto es el de SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., pp. 85 y ss. Vid. también, BATTIS, *Baugesetzbuch*, (con Krautzberger y Löhr), 1996, §§ 214-216, m. 2 y ss.; KOCH y HENDLER, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 1995, p. 223; OSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2808; PAGENKOPF, «Grenzen behördlicher und gerichtlicher Plankontrolle», *BauR*, 1979, pp. 1 y ss.; REDEKER, K., «Was wird aus dem Bundesbaugesetz?», *DVBt*, 1982, 131, pp. 130 y ss.; el informe preparado por un grupo de expertos: «Bericht des Arbeitskreises Baurechtliche und verwaltungsprozessuale Fragen», *BauR*, 1985, p. 363; SCHÄFER y SCHMIDT-EICHSTAEDT, *Praktische...*, cit., pp. 317 y ss.

⁸⁴ PAGENKOPF, «Grenzen...», cit., p. 4

⁸⁵ Ibidem, p. 1.

⁸⁶ Vid. GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 251, que señala que las reformas de estos procesos de los años 1976 y 1986 pretendían garantizar la uniformidad de la jurisprudencia relativa al planeamiento urbanístico al otorgar ciertas competencias en la materia al BVerwG.

miento de elaboración del plan, descubrieran un defecto que hasta el momento había pasado inadvertido. El mismo Tribunal Contencioso-administrativo Federal criticó veladamente en alguna sentencia la «caza del vicio»⁸⁷ en la que se habían enzarzado los órganos jurisdiccionales de instancias inferiores⁸⁸; críticas que se hicieron frontales en algunos trabajos doctrinales realizados por magistrados de dicho Tribunal⁸⁹.

C) La reacción del legislador

Esta situación dio pie a que el legislador aprovechara en 1976 la primera gran reforma⁹⁰ de la Ley Federal de Urbanismo para introducir un nuevo párrafo en la misma (el 155a) que decía que «es irrelevante la infracción de las normas de la Ley Federal de Urbanismo que regulan el procedimiento de elaboración y la forma de las ordenanzas locales contempladas en esta Ley, si dicha infracción no se hace valer frente al municipio y por escrito dentro de un año desde la entrada en vigor de la ordenanza... Esto no es aplicable cuando hayan sido infringidas las normas sobre la aprobación o publicación de la ordenanza»; y, a continuación, establecía la irrelevancia de unos pocos vicios formales.

La llamada «reforma de aceleración» de 1979⁹¹ continuó con la demolición del dogma de la nulidad. La modificada Ley Federal de Urbanismo, además de mantener la limitación temporal de la posibilidad de hacer valer ciertos vicios de forma y procedimiento (§ 155a.1), establecía:

De un lado, un amplio catálogo de ilegalidades de procedimiento y forma que no determinaban la nulidad del plan urbanístico que las sufría: algunos vicios eran irrelevantes siempre que «los principios del planeamiento y de la ponderación de todos los intereses en juego hubieran sido observados» (§ 155b.1); otros, siempre que no «fuese evidente que hubiesen tenido influencia en el resultado de la ponderación» (§ 155b.2); un tercer grupo de ilegalidades en ningún caso y circunstancia menoscababan la eficacia jurídica del plan (§ 155a.2).

⁸⁷ La expresión es de HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», *DVBt*, 1996, p. 13.

⁸⁸ S del BVerwG de 7-9-1979 (DVBt, 1980, pp. 230 y ss.), que enjuiciaba un plan dictado trece años atrás al que se le achacaban ciertos vicios de procedimiento.

⁸⁹ GAENTZSCH, «Wie kann...», cit., y SCHLICHTER, «Baugesetzbuch...», cit., cuya tesis era, sustancialmente, la misma: para solucionar los problemas que planteaba el fracaso del planeamiento urbanístico, la «autocorrección» de la criticable jurisprudencia de algunos Tribunales era preferible a la adopción de nuevas medidas legislativas.

⁹⁰ Ley de Modificación del BBauG, de 18-8-1976 (BGBl I, p. 2221 y ss.).

⁹¹ Ley de Aceleración de los Procedimientos y de Aligeramiento de los Proyectos de Inversiones en el Derecho Urbanístico, de 6-7-1979 (BGBl I, pp. 949 y ss.).

De otro lado, contemplaba la posibilidad de que, una vez subsanados los vicios de forma o de procedimiento de un plan urbanístico, éste pudiese entrar en vigor con eficacia retroactiva (§ 155a.3).

En un informe realizado por un comité de expertos con vistas a la reforma de la legislación urbanística, se señalaba que el número de planes anulados por los Tribunales seguía siendo relativamente alto. Lo que había variado era el tipo de vicios que con mayor frecuencia conducían a la anulación. Las reformas legislativas de 1976 y de 1979 habían contribuido a reducir los supuestos en los que los vicios de procedimiento o de forma causaban a la ineficacia del planeamiento, pero los casos en los que un vicio de la ponderación determinaba esta misma consecuencia habían aumentado⁹². Para remediar esta situación, el Código Urbanístico de 1986⁹³, además de recoger soluciones legislativas anteriores (en sus §§ 214 y 215), añadió que los vicios de la ponderación serían irrelevantes si no se hacían valer en el plazo de siete años desde la publicación del correspondiente plan urbanístico (§ 215.1.2), aceptando de esta manera una propuesta formulada y debatida en el seno del mencionado comité⁹⁴.

En 1994, cierta comisión de expertos mantenía que no era necesario ampliar los supuestos en los que había que considerar irrelevante la ilegalidad de un plan urbanístico, porque el número de casos en los que un vicio de forma o de procedimiento determinaba la invalidez del plan era desde hacía tiempo despreciable⁹⁵. Pero el nuevo Código Urbanístico de 1997⁹⁶ ha seguido las sugerencias de un informe posterior elaborado por otra comisión⁹⁷ y ha incluido dos importantes novedades en la materia:

De un lado, el capítulo del Código Urbanístico en el que se establecen todas las correcciones del dogma de la nulidad pasa a denominarse «conservación del plan», en vez de «requisitos de eficacia». De esta manera, se ha consagrado legislativamente el «principio general de conservación»⁹⁸, cuya construcción

teórica entre la doctrina alemana se debe, precisamente, a uno de los miembros de la comisión mencionada al final del párrafo anterior⁹⁹. Las técnicas reguladas en este capítulo serían «instrumentos de la conservación del planeamiento», al igual que otras no contempladas en él, como la «interpretación [del plan] conforme con la ley» y su «nulidad parcial»¹⁰⁰.

De otro lado, y acogiendo también la propuesta de la mencionada comisión de fijar legalmente otra manifestación del principio de conservación¹⁰¹, se establece que los vicios «relevantes» que puedan ser subsanados a través de un «procedimiento complementario» no conducen a la nulidad del plan que los sufre, plan que, hasta que no tenga lugar la subsanación, no produce efectos jurídicos (§ 215a.1).

D) Las críticas a las reformas legislativas

Las distintas medidas adoptadas por el legislador han dado lugar a una abundante doctrina y han recibido, sobre todo en un primer momento, duras críticas por parte de la mayoría de los autores. Se las ha tachado de desacertadas, pero también de inconstitucionales. No resulta correcto efectuar un juicio global sobre la constitucionalidad o el acierto del conjunto de las soluciones legislativas, sino que, por el contrario, el análisis ha de venir referido a cada una de ellas¹⁰². Ello no quita que haya algunas observaciones que puedan ser dirigidas al conjunto de la regulación.

Para empezar, las disposiciones legislativas objeto de crítica, además de resultar excesivamente casuísticas¹⁰³ y de seguir un deficiente orden sistemático¹⁰⁴, plantean numerosos problemas interpretativos y dogmáticos¹⁰⁵. Esto no tiene que extrañarnos, pues dichos preceptos no son el resultado de una

⁹² «Bericht...», cit., pp. 360 y ss.

⁹³ BauGB, aprobado por la Ley de 8-12-1986 (BGBl I, pp. 2253 y ss.).

⁹⁴ Vid. el «Bericht...», cit., p. 362.

⁹⁵ *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren. Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, 1994, pp. 158 y 159.

⁹⁶ El 27-8-1997 se publicó la nueva redacción del BauGB (BGBl I, pp. 2141 y ss.), que recoge la Ley de Modificación del Código Urbanístico y de Regulación del Derecho de la Ordenación del Territorio de 18-8-1997 (BGBl I, pp. 2081 y ss.), que entra en vigor a partir del 1-1-1998. Sobre el Derecho urbanístico alemán, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania», *RDU*, 163, 1998, pp. 29-61.

⁹⁷ Un resumen del informe del comité, realizado por uno de sus miembros, en DOLDE, «Novellierung des Baugesetzbuchs», *NVwZ*, 1996, pp. 209-215.

⁹⁸ BATTIS, KRAUTZERBERGER y LÖHR, «Die Neuregelungen des Baugesetzbuchs zum 1.1.1998», *NVwZ*, 1997, p. 1166.

⁹⁹ HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz...», cit., pp. 12-19. El legislador ha aceptado en este punto las propuestas del comité; vid. al respecto DOLDE, «Novellierung...», cit., p. 211.

¹⁰⁰ DOLDE, «Novellierung...», cit., p. 211. GAENTZSCH, «Bemerkungen zur Planerhaltung im Fachplanungsrecht», *DVBZ*, 2000, p. 748, señala que el legislador no ha regulado taxativamente todas las manifestaciones de este principio.

¹⁰¹ WAGNER, «Der Entwurf der Novelle des Baugesetzbuchs», *DVBZ*, 1996, p. 708. Sobre la propuesta, vid. DOLDE, «Novellierung...», cit., p. 211 y HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz...», cit., pp. 18 y 19.

¹⁰² De la misma opinión, GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 258.

¹⁰³ BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., §§ 214-216, m. 7.

¹⁰⁴ VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinden*, 1983, p. 71.

¹⁰⁵ Vid., por todos, MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 24 y ss. Ya desde un primer momento, MOLODOVSKY, «Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts», *BayVBl*, 1977, pp. 546; SCHMIDT-ASSMANN, «Die Novelle...», cit., p. 1916.

reflexión previa de la doctrina, ni mucho menos de la *praxis* judicial¹⁰⁶. Se trata de creaciones del legislador en cuya elaboración fue «ante todo la burocracia ministerial la que manejó la pluma»¹⁰⁷.

Algunos autores denuncian la inconsecuencia del legislador, que primero establece la necesidad de seguir ciertas formalidades para emanar un plan urbanístico y luego considera irrelevante el incumplimiento de las mismas. Se afirma que estas disposiciones legislativas constituyen una «depreciación» del procedimiento de elaboración de estos reglamentos que no se corresponde con su reciente y justificada revalorización¹⁰⁸.

Gran parte de la doctrina concibe estas disposiciones legislativas no como una regulación de Derecho sustantivo relativa a las consecuencias jurídicas de los distintos vicios que pueden afectar a ciertos reglamentos, sino como una restricción del control que los Tribunales llevan a cabo sobre la legalidad de la actividad administrativa y, por consiguiente, como una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰⁹. Muchos autores estiman que hubiera sido preferible que el legislador, para intentar hacer frente al problema que se le planteaba, hubiera optado por simplificar el mencionado procedimiento¹¹⁰. Lo cierto es que dicha simplificación se ha llevado a cabo¹¹¹, pero las criticadas disposiciones siguen todavía vigentes. Y es que la disminución de la densidad con la que está regulado dicho procedimiento o su perfeccionamiento probablemente contribuya a reducir el número de reglamentos elaborados ilegalmente, pero no elimina totalmente el peligro de que se produzcan tales ilegalidades. En el momento en que cierto plan urbanístico incurra en una de ellas y deba decidirse sobre la validez del mismo, se plantearán los mismos problemas de inseguridad jurídica y de desprotección de ciertos

intereses públicos a los que el legislador intentaba dar solución. A nosotros nos parece, pues, un tanto ingenuo estimar que dicha propuesta soluciona satisfactoriamente los problemas que plantea la regulación de las consecuencias de las ilegalidades de los planes urbanísticos y, en general, de las disposiciones reglamentarias.

Otros autores advierten que es errado concebir las reformas legislativas simplemente como una limitación del control jurisdiccional¹¹². Se trataría, más bien, de una regulación «diferenciada» del sistema de sanciones de ciertos reglamentos ilegales que tiene en cuenta diversos principios constitucionales y que no conoce sólo la nulidad, sanción que no viene impuesta necesariamente por la Ley Fundamental para todas las ilegalidades de las normas jurídicas¹¹³.

Últimamente, la polémica se ha apaciguado y sólo se mantiene en algunos aspectos puntuales. A ello ha contribuido el que la jurisprudencia haya interpretado las disposiciones objeto de la polémica de conformidad con la Ley Fundamental confirmando su constitucionalidad, a la vez que ha abandonado el exagerado rigor y formalismo de antaño¹¹⁴. Incluso las novedades que incorpora el Código Urbanístico de 1997 han sido valoradas positivamente por autores especialmente críticos con anteriores reformas¹¹⁵.

5. LAS CORRECCIONES LEGISLATIVAS DEL DOGMA DE LA NULIDAD

A) La irrelevancia de la ilegalidad

a) Vicios irrelevantes

Podemos ordenar en tres grupos las ilegalidades «irrelevantes» de un plan urbanístico. El primero de ellos, relativo a la infracción de las normas que rigen la relación entre el «plan de aprovechamiento de la superficie» (*Flächennutzungsplan*) y los «planes de edificación» (*Bebauungspläne*) dictados para una parte concreta del término municipal¹¹⁶, no vamos a estudiarlo. La razón es que el plan mencionado en primer lugar es una «medida

¹⁰⁶ Al contrario que en el caso de los actos administrativos, como pone de relieve OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2806.

¹⁰⁷ MAURER, «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung», *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, (dir. Hill), 1989, pp. 233-250, p. 249.

¹⁰⁸ BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., §§ 214-216, m. 7; SCHMIDT-ASSMANN, «Unzulässige...», cit., pp. 85, que habla de la conversión del procedimiento en una bagatela.

¹⁰⁹ Vid., entre otros, BATTIS, «Grenzen...», cit., pp. 434 y ss.; GRAVE, «§ 155b BBauG, mißglückt und verfassungswidrig!», *BauR*, 1980, pp. 206 y ss.; IPSEN, «Die prinzipale Normenkontrolle von Bebauungsplänen?», *DV*, 20, 1987, p. 477; MAURER, «Rechtsfragen...», cit., p. 192 y «Bestandskraft...», cit., pp. 217 y 218. Incluso MOLODOVSKY, «Rechtliche...», cit., que valoraba positivamente las reformas (pp. 545 y 546) sostiene esta concepción de las mismas (pp. 539 y 541).

¹¹⁰ Vid. BATTIS, «Grenzen...», cit., p. 434; DÜRR, *Baugesetzbuch Kommentar*, 1995, § 216, m. 2; IPSEN, «Die prinzipale...», cit., pp. 487 y 488; MAURER, «Rechtsfragen...», cit., p. 192.

¹¹¹ Vid. las novedades que en este sentido aporta el BauGB de 1997 en STUER, «Städtdaurecht 1998. Vom Grundsatz der Planerhaltung zum Grundsatz der Normerhaltung», *DVBZ*, 1997, pp. 1206 y ss.

¹¹² GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 258; LEMMEL, *Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch*, (dirs. Schlichter y Stich), 1995, § 216, m. 1.

¹¹³ Vid. GAENTZSCH, en «Rechtsfolgen...», cit., p. 258; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 15 y ss.; HILL, H., «Zur Dogmatik...», cit., pp. 5 y ss.; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 1; OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., pp. 2810 y ss.

¹¹⁴ Vid. LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 1.

¹¹⁵ BATTIS, KRAUTZERBERGER y LÖHR, «Die Neuregelungen...», cit., p. 1166.

¹¹⁶ Vid. el § 214.2 BauGB.

autoritaria *sui generis*¹¹⁷ que no tiene parangón en nuestro Derecho urbanístico. Se trata de un «medida administrativa interna de preparación» que no produce inmediatamente efectos jurídicos para los ciudadanos¹¹⁸ y que únicamente vincula al Municipio a desarrollar sus planes de edificación a partir de la concepción urbanística fundamental que se expresa en la misma¹¹⁹.

a') Vicios de procedimiento y forma absolutamente irrelevantes

La infracción de las normas de forma y de procedimiento del Código Urbanístico es relevante para la eficacia jurídica de las ordenanzas reguladas en el mismo sólo en los supuestos contemplados en los tres apartados de su parágrafo 214.1. Las infracciones de la mencionada especie no contempladas en dichos apartados —v. gr., la omisión del primer trámite de información pública¹²⁰— son, por consiguiente, irrelevantes¹²¹.

En esos apartados se establecen expresamente algunas excepciones al carácter relevante de los vicios. Por ejemplo, la infracción de las normas que regulan la motivación del proyecto del plan que deba someterse a información pública y la de la ordenanza misma es relevante de acuerdo con el parágrafo 214.1.2, pero este mismo precepto declara que es irrelevante el que dicha motivación sea incompleta. También se declara irrelevante la infracción de las normas que rigen la participación en el procedimiento tanto de titulares de intereses públicos¹²² como de los ciudadanos¹²³ en dos casos: cuando sólo algunos titulares de intereses públicos afectados han sido excluidos o cuando se han desconocido las normas que regulan la tramitación del procedimiento abreviado¹²⁴.

¹¹⁷ BROHM, *Öffentliches Baurecht*, 1997, p. 88.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 88 y 89.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 92. Sobre estos supuestos regulados en el § 214.2 BauGB, *vid.* LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 29 y ss.

¹²⁰ *Vid.* los §§ 3.1 y 214.1.1 BauGB. En el § 3.2 BauGB se regula un segundo trámite de información pública que, de acuerdo con el § 3.3 BauGB, debe repetirse si se producen modificaciones o alteraciones sustanciales respecto del proyecto que se expuso al público.

¹²¹ SCHABER, «Unbeachtlichkeit und Heilung von Fehlern bei Bauleitplänen und anderen städtebaulichen Satzungen nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998», *VBuW*, 1998, p. 161.

¹²² Trámite regulado en los §§ 4 y 4a BauGB.

¹²³ Sobre este trámite, *vid.* lo que se dijo *supra*, n. 120.

¹²⁴ § 214.2.2 BauGB. El procedimiento abreviado puede seguirse cuando las modificaciones o revisiones del plan o del proyecto que se sometió a información pública no afecten a los rasgos esenciales del planeamiento (§§ 3.3 *in fine* y 13 BauGB).

Todas estas normas cuya violación se declara irrelevante tienen en común que están plagadas de conceptos jurídicos indeterminados¹²⁵. Lo mismo sucede con la mayoría de las que regulan la relación entre el plan de aprovechamiento de la superficie y los planes de edificación¹²⁶. Como la aplicación de estas reglas creaba cierta inseguridad —el criterio del Municipio podía no coincidir con el de unos Tribunales que se venían mostrando excesivamente «puntillosos»—, el legislador optó por establecer la irrelevancia de su infracción¹²⁷.

Los vicios a los que nos hemos referido son irrelevantes «sin peros ni condiciones»¹²⁸, sin necesidad de que se produzca otra circunstancia que venga a añadirse a la ilegalidad como, por ejemplo, que ésta no haya influido sobre el fondo de la decisión¹²⁹ o que el plan carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin¹³⁰. Algunos autores dicen por ello que se trata de vicios absolutamente irrelevantes¹³¹.

b') Vicios del proceso de ponderación

a'') *Excursus*: el mandato de ponderación

Si la necesidad de justificar los actos de los poderes públicos crece conforme es mayor el grado de libertad disponible para dictarlos y la gravedad con la que inciden en la esfera jurídica de los ciudadanos, se comprende que a los Municipios se les exija con especial rigor que justifiquen el ejercicio de su potestad de planeamiento urbanístico, pues, como ya quedó dicho, éstos disponen de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar estos planes que afectan de «manera trascendental a la calidad de vida de los ciudadanos»¹³².

Así, el Código urbanístico establece que «los Municipios establecen los planes urbanísticos bajo su propia responsabilidad» (§ 2.1), pero también ordena que al adoptarlos «deben ser ponderados justamente los intereses

¹²⁵ *Vid.* SÖFKER, «Zu den Unterschieden der Rechtskontrolle von Bauleitplänen durch die Genehmigungsbehörden und Gerichte aufgrund der § 115a bis 155c BBauG», *ZfBR*, 1979, pp. 192 y 193; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 22; HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 161; KIRCHHOF, «Die Baurechtsnovelle 1979 als Rechtswegsperre?», *NJW*, 1981, p. 2384.

¹²⁶ *Vid.* DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 35; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 29 y ss., esp. m. 33.

¹²⁷ SÖFKER, «Zu den Unterschieden...», cit., p. 193.

¹²⁸ MOLODOVSKY, «Rechtliche...», cit., p. 545.

¹²⁹ *Vid.* el § 46 VwVfG, relativo a los actos administrativos.

¹³⁰ *Vid.* el art. 63.2 LPC, relativo a los actos de la Administración.

¹³¹ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 159; SCHÄFER, «Form- und Verfahrensfehler bei Bebauungsplänen und anderen baurechtlichen Satzungen», *NJW*, 1978, p. 1292.

¹³² Utilizando las palabras de la STS de 11-7-1986 (Ar. 5060).

públicos y privados» (§ 1.6) y señala expresamente algunos de esos intereses (§§ 1 y 1a). La jurisprudencia ha ido precisando cuáles son las exigencias de ese mandato de justa ponderación, y lo ha hecho sin apoyarse en la tradicional doctrina sobre el control de la discrecionalidad administrativa¹³³. Los autores han intentado posteriormente pulir y sistematizar los hallazgos jurisprudenciales.

Para «descubrir» las reglas jurídicas a las que está sometida una justa ponderación, resulta de gran importancia saber y comprender qué es en la realidad la ponderación, cuál es su estructura real¹³⁴. Señala HOPPE que la ponderación es un proceso del pensamiento, un proceso de obtención y elaboración de información que se desarrolla en una serie de fases¹³⁵. La jurisprudencia ha ido determinando cómo debía producirse cada una de estas fases para que la ponderación hubiese sido correctamente llevada a cabo. En primer lugar, deben averiguarse y comprobarse las circunstancias relevantes para adoptar la decisión, lo que no sucede, por poner algunos casos, cuando se aceptan hechos que no se corresponden con la realidad o que no están comprobados, o se efectúan pronósticos acerca de sucesos futuros —por ejemplo, el ruido que producirá cierta carretera— insuficiente o irracionalmente fundamentados. A continuación, deben incluirse en la ponderación, tenerse en cuenta, los intereses que en el caso concreto resulten relevantes o afectados por la decisión. En tercer lugar, debe atribuirse a cada interés o circunstancia su debida importancia de acuerdo con la valoración que haya podido establecerse en una norma y/o de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Por último, debe adoptarse una solución proporcionada en relación con el valor objetivo de los distintos intereses afectados por la misma¹³⁶.

Dentro de esta línea de estructurar qué es realmente la ponderación para someterla a la razón y al Derecho, la jurisprudencia distingue entre el proceso y el resultado de la ponderación (*Abwägungsvorgang* y *Abwägungsergebnis*)¹³⁷.

¹³³ KOCH y HENDLER, *Baurecht...*, cit., p. 200 y ss., que consideran que, en aras de la claridad, hubiese sido preferible que la jurisprudencia hubiese renunciado a nuevas creaciones (p. 223). HOPPE, «Verwirrung und Entwirrung beim Abwägungsgebot (§ 1.6 BauGB)», *UPR*, 1995, p. 201, también ha notado la confusión conceptual y terminológica que padece esta jurisprudencia y que se refleja en la doctrina.

¹³⁴ Vid. las consideraciones metodológicas de HOPPE, «Das Abwägungsgebot in der Novellierung des BauGB», *DVB*, 1994, p. 1035. OSSENBUHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *DVB*, 1995, p. 904, señala que la estructuración del proceso de planeamiento o ponderación tiene el objetivo de ampliar el limitado control jurídico de los planes; dicho proceso le es arrebatado a la arbitrariedad y entregado a la razón.

¹³⁵ HOPPE, «Das Abwägungsgebot...», cit., p. 1035.

¹³⁶ Vid., con más detalle, HOPPE, en *Öffentliches Baurecht*, (con Grotefelds), 1997, pp. 251 y ss. y en «Das Abwägungsgebot...», cit., pp. 1039 y ss.

Esta distinción no ha sido formulada con nitidez por los Tribunales, por lo que la doctrina ha intentado precisar ambos conceptos¹³⁸.

El proceso de la ponderación, el «plan como proceso»¹³⁹, el «desenvolvimiento de la formación de la decisión», no se identifica con el conjunto de trámites fijados por la ley para elaborar dicho reglamento¹⁴⁰. Según HOPPE, se trata de un proceso real del pensamiento de obtención y elaboración de información¹⁴¹ que se desarrolla en una serie de fases y que prepara, determina y concluye con la decisión de adoptar el plan¹⁴². El proceso de ponderación está viciado, por ejemplo, cuando el Municipio rechaza la alegación formulada por un ciudadano dirigida a que se incluya una parcela de su propiedad en una zona destinada a la vivienda, argumentando que esa parcela pertenece a un área de interés paisajístico, lo que resulta no ser conforme con la realidad¹⁴³. O cuando el Municipio no ha tenido en cuenta toda una serie de circunstancias relevantes porque antes de proceder a la ponderación se vinculó con un particular a adoptar el plan con un determinado contenido¹⁴⁴.

De otro lado tenemos que el resultado de la ponderación es el contenido del plan, el plan como «producto»¹⁴⁵, lo que «resulta del proceso de ponderación»¹⁴⁶. En consecuencia, «los vicios del resultado de la ponderación son,..., vicios del contenido del plan»¹⁴⁷. Por ejemplo, cuando éste prevé el establecimiento de una zona industrial al lado de una destinada a la vivienda¹⁴⁸.

¹³⁷ La distinción aparece por primera vez en la S del BVerwG de 20-10-1972 (BVerwGE 41, pp. 71 y 72).

¹³⁸ Vid. un resumen de esta doctrina en IBLER, «Die differenzierung zwischen Vorgangs- und Ergebniskontrolle bei planerischen Abwägungsentscheidungen», *DVB*, 1988, pp. 470 y ss.; KOCH, «Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle», *DVB*, 1989, pp. 401 y ss.

¹³⁹ S del BVerwG de 20-10-1972 (BVerwGE 41, p. 71).

¹⁴⁰ KOCH, «Abwägungsvorgang...», cit., p. 400.

¹⁴¹ HOPPE, *Öffentliches...*, cit., pp. 247 y ss., y «Das Abwägungsgebot...», cit., p. 1035.

¹⁴² Vid. HOPPE, *Öffentliches...*, pp. 249 y ss.

¹⁴³ Vid. la S del BVerwG de 21-8-1981 (BVerwGE 64, pp. 33 y ss.). Vid. otros ejemplos tomados de la realidad en DOLDE, «Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1981», *NJW*, 1982, pp. 1786 y ss. y «Das Recht der Bauleitplanung 1984/85», *NJW*, 1986, pp. 816 y ss.

¹⁴⁴ Sobre los límites y requisitos de estas vinculaciones previas, vid. la S del BVerwG de 5-7-1974, (BVerwGE 45, pp. 312 y ss.).

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 312 y 313.

¹⁴⁶ S del BVerwG de 20-10-1972 (BVerwGE 41, p. 71).

¹⁴⁷ S del BVerwG de 29-9-1978 (BVerwGE 56, pp. 283 y ss., aquí, p. 288).

¹⁴⁸ Vid. la S del BVerwG de 5-7-1974 (BVerwGE 45, pp. 309 y ss., esp. pp. 322 y ss.), que formula el «principio del planeamiento de que las zonas industriales y las de vivienda no deben, en la medida de lo posible, ser contiguas» (p. 326).

b'') Vicios del proceso de ponderación que no han influido de manera evidente en el resultado de la ponderación

La distinción de origen jurisprudencial a la que acabamos de hacer referencia tiene una gran importancia. Por de pronto, ha sido utilizada luego por el legislador para establecer que los vicios del proceso de ponderación sólo son relevantes cuando hayan influido de manera evidente sobre el resultado de la misma¹⁴⁹, o lo que es lo mismo, sobre el contenido del plan. El legislador parece exigir para que el vicio sea relevante que se constate que de no haberse producido éste el contenido del plan hubiera sido otro¹⁵⁰.

Este precepto, que ha servido de modelo a otras leyes reguladoras de planes distintos de los urbanísticos¹⁵¹, ha sido fuertemente criticado por la doctrina con varios argumentos. En primer lugar, se afirma que un vicio en el proceso de ponderación siempre tendrá influencia sobre el resultado de la misma; como la ley no fija de antemano cuál ha de ser el contenido de un plan urbanístico, va a ser el proceso de ponderación que concluye con la adopción del plan el que determine su contenido¹⁵². En segundo lugar, se advierte la extrema dificultad de evidenciar que existe una relación de causalidad entre ambos términos, porque es perfectamente posible que, aunque no se hubiese producido el vicio del proceso de ponderación, el resultado de la misma hubiese sido idéntico; el Tribunal no puede saber si el contenido del plan hubiese sido diferente de no haberse producido aquel vicio¹⁵³. En tercer lugar, se le reprocha al legislador la dificultad de saber lo que es evidente y lo que no¹⁵⁴. Por último, se critica el que los vicios graves del proceso de la ponderación que hayan influido en el contenido del plan y que hayan lesionado ciertos intereses legítimos deban ser considerados irrelevantes sólo por el mero hecho de que dicha influencia no es evidente; la tutela judicial efectiva no está sujeta a reserva de evidencia¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Vid. el § 214.3 *in fine* BauGB, equivalente al § 155b.2 *in fine* BBauG.

¹⁵⁰ Vid. SCHWERTFEGGER, «Rechtsfolgen von Abwägungsdefiziten in der Bauleitplanung. BVerwGE 64, 33», JS, 1983, p. 271.

¹⁵¹ Vid., por ejemplo, el § 75.1a VwVfG, introducido por la Ley de Aceleración del Procedimiento de Autorización, de 12-9-1996 (BGBl I, pp. 1354 y ss.), el § 17.6c de la Ley Federal de Carreteras de 6-8-1953, de acuerdo con su redacción de 19-4-1994 (BGBl I, pp. 854 y ss.) y el § 19.4 de la Ley Federal de las Vías de Navegación de 23-8-1960, introducido por la Ley de Simplificación del Planeamiento de 17-12-1993 (BGBl I, pp. 2123).

¹⁵² Vid. BATTIS, «Grenzen...», cit., p. 436; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., p. 228, estima que difícilmente puede excluirse esta influencia.

¹⁵³ Vid. GRAVE, «§ 155b...», cit., p. 202; IPSEN, «Die prinzipale...», cit., p. 483; KIRCHHOF, «Die Baurechnovelle...», cit., p. 2386. Según DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 47, aquí se produce una inaceptable inversión de la carga de la prueba.

¹⁵⁴ MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 177 y ss.

¹⁵⁵ Vid. KIRCHHOF, «Die Baurechnovelle...», cit., pp. 2386 y 2387; con un razonamiento más amplio MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 170 y ss.

Las críticas han remitido después de la interpretación que el Tribunal Contencioso-administrativo Federal ha hecho del precepto, que ha venido a vaciarlo de significado¹⁵⁶. Respecto del requisito de la influencia del vicio sobre el resultado de la ponderación, entiende este Tribunal que es suficiente que «de acuerdo con las circunstancias del caso exista la concreta posibilidad de que el contenido del plan hubiera sido otro de no haberse producido el defecto en el proceso de la ponderación»¹⁵⁷. De otro lado, dicho Tribunal considera que con el requisito de la evidencia el legislador ha establecido la irrelevancia de la «parte interna del proceso de la ponderación», de las intenciones que perseguía cada uno de los miembros del Ayuntamiento cuando se adoptó el plan. Se cumple el requisito de la evidencia cuando el vicio puede detectarse a partir de circunstancias objetivas y verificables sin necesidad de escudriñar lo que se imaginó cada uno de los miembros del Ayuntamiento al dictar el plan¹⁵⁸.

b) Consecuencias jurídicas de los vicios irrelevantes

El párrafo 216 del Código Urbanístico establece que los anteriores vicios «irrelevantes» son, en realidad, relevantes cuando la Administración encargada de aprobar el plan adoptado por el Municipio verifica la conformidad a Derecho del mismo. Dicha aprobación, que debe ser otorgada o denegada de acuerdo con criterios estrictamente jurídicos y no de oportunidad¹⁵⁹, debe ser denegada cuando el plan sufre alguno de estos vicios¹⁶⁰. Los Tribunales deberán desestimar, por lo tanto, la pretensión del municipio de que sea otorgada la aprobación de dicho plan¹⁶¹. En cualquier otro caso, por ejemplo si un ciudadano impugna dicho plan o un acto dictado en aplicación del mismo, el Juez deberá considerarlo jurídicamente eficaz pese a constatar que es ilegal. Puede apreciarse como la ley misma da motivos fundados para estimar que, al menos en este punto, nos encontramos frente a una restricción del control judicial de la actividad administrativa. El acierto y la conformidad con la Constitución de esta solución legislativa han sido objeto de polémica.

¹⁵⁶ DOLDE, «Die Entwicklung...», cit., p. 1787. HUFEN, *Fehler...*, cit., p. 289, n. 286, habla de cesación fáctica de la vigencia de este precepto.

¹⁵⁷ S del BVerwG de 21-8-1981 (BVerwGE 64, pp. 33 y ss., aquí, p. 39).

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 36 y ss. Vid., al respecto, LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 41; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 45 y ss.

¹⁵⁹ El § 6.2 BauGB, aplicable a los planes de edificación que necesiten aprobación (§ 10.2 BauGB), dispone que ésta «sólo puede ser denegada cuando el plan de aprovechamiento de la superficie ha sido elaborado ilegalmente o contradice las disposiciones de este Código, las normas jurídicas dictadas en aplicación del mismo o cualesquiera otras».

¹⁶⁰ SÖFKER, «Zu den Unterschieden...», cit., p. 192.

¹⁶¹ Vid. BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., § 216, m. 3; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 216, m. 2.

Para poner de relieve el desacierto de la misma se argumenta que se perjudica gravemente la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos cuando las ilegalidades de éstos son declaradas irrelevantes y quedan sin sanción¹⁶². Se dice, así mismo, que la falta de sanción del incumplimiento de las correspondientes normas las convierte de hecho en normas dispositivas y que, en aras de la claridad, hubiese sido preferible la derogación de las mismas¹⁶³. Podría pensarse que el control de legalidad que efectúa la Administración encargada de aprobar el plan adoptado por el Municipio asegura la obligatoriedad y el cumplimiento de dichas normas, pero la experiencia ha puesto de manifiesto la ineficacia de dicho control¹⁶⁴; aparte de que gran parte de los planes urbanísticos no necesitan dicha aprobación¹⁶⁵.

A nuestro juicio, lo criticable de la regulación no es que contemple la irrelevancia de algunos vicios, sino el carácter absoluto con el que en algunos casos se la configura.

Las normas de procedimiento fijadas para elaborar un plan persiguen cierta finalidad. La infracción de estas normas a veces no impide que dicha finalidad se haya logrado ni que los intereses legítimos protegidos por las mismas hayan sido respetados. En estos casos, el plan cumple todas las finalidades que le marca el ordenamiento jurídico y merece ser válido. No tiene ningún sentido que los Tribunales deban entonces anular dicho plan, pero tampoco lo tiene que la Administración encargada de aprobar, o no, el plan adoptado por el Municipio deba denegar esta aprobación por la simple infracción de una norma que no ha impedido que se alcanzara la finalidad de la misma, como dispone el legislador alemán.

Puede suceder, por el contrario, que la finalidad perseguida por la norma vulnerada por el plan no se haya conseguido y, por lo tanto, los intereses legítimos que dicha norma protegía hayan sido lesionados. Este plan no es valioso para el Derecho, pues no cumple todas las finalidades que le marca el ordenamiento jurídico. En estos casos resulta lógico que la Administración encargada de otorgar, o no, la correspondiente aprobación deba denegarla, pero también lo es que los Tribunales puedan y deban anular el plan cuando se lo pidan los ciudadanos titulares de aquellos intereses legítimos. Sin embargo, esto último queda excluido por el legislador alemán.

¹⁶² MAURER, «Abgestufte...», cit., p. 239.

¹⁶³ BOECKER, «Heilung mangelhafter Bauleitpläne und Satzungen. Gedanken zu den neuen Vorschriften der §§ 155a bis c des Bundesbaugesetzes», *BauR*, 1979, p. 373.

¹⁶⁴ Vid. GRAVE, «§ 155b...», cit., p. 200; SCHMIEMANN, «Behandlung rechtsfehlerhafter Bauleitpläne im Baugenehmigungsverfahren. Plankontrolle und Verwerfungskompetenz», *Festschrift für F. Weyreuther*, 1993, pp. 239 y ss.

¹⁶⁵ De acuerdo con el § 10.2 BauGB, los «planes de edificación» por regla general no la necesitan.

En vez de la solución que aquí se ha adoptado hubiese sido más acertado declarar irrelevantes, tanto para la Administración encargada de la aprobación como para los Tribunales, aquellos vicios que no han impedido que el plan cumpla todas las finalidades que le marcaba el ordenamiento jurídico, incluida la perseguida por la norma infringida. De hecho, este criterio de la consecución del fin late en alguno de los supuestos en los que se establece la irrelevancia de un vicio de forma. Así, la Ley prevé que en caso de que la motivación del plan sea incompleta el Municipio está obligado a suministrar información sobre los motivos que han determinado la adopción del plan a todo aquel titular de un interés legítimo que la solicite¹⁶⁶.

Queda por estudiar la constitucionalidad de estos preceptos.

Los autores que los estiman inconstitucionales aducen que un acto de la Administración que afecte a los derechos de una persona debe quedar sometido al control judicial. En estos casos el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface únicamente con el acceso a la jurisdicción, sino que exige que los Tribunales puedan revisar en toda su extensión la legalidad o la ilegalidad de dicho acto. El principio de división de poderes, que en algunos casos puede justificar que determinados aspectos de una decisión —discrecional— queden exentos del control jurisdiccional, no está aquí en juego¹⁶⁷.

Los autores que mantiene la posición contraria argumentan, *a maiore ad minus*, que si el legislador no está obligado constitucionalmente a establecer determinados trámites, como es éste el caso, puede también dejar sin sanción o excluir del control jurisdiccional la infracción de las normas que regulan la realización de los mismos¹⁶⁸. El artículo 19.4 de la Ley Fundamental sólo garantiza la protección jurisdiccional cuando se plantea la lesión de un ciudadano en sus derechos, pero no dice cuáles son estos derechos. Si la norma constitucional no impone que haya de realizarse cierto trámite, el legislador es libre de otorgar a los ciudadanos un derecho a la realización del mismo o no hacerlo; en este último caso nada impide que al mismo tiempo se obligue a la Administración al cumplimiento del mismo¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Vid. el § 214.1 *in fine* BauGB y la plausible jurisprudencia que ha venido a interpretar este precepto en GUBELT, «Begründungsfehler des Bebauungsplans», *NVwZ*, 1982, pp. 176-178; LEMMEL, «Die Unbeachtlichkeit von Mängeln der Begründung des Bebauungsplanes nach der Bundesbaugesetz-Novelle 1979», *DVBt*, 1081, pp. 318-323.

¹⁶⁷ Vid. GRAVE, «§ 155b...», cit., pp. 205 y ss.

¹⁶⁸ Vid. DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 16; GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., pp. 258 y 259; HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 162; MOLODOVSKY, «Rechtliche...», cit., p. 546; OSSENBÜHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., pp. 2811 y 2112; SCHAFER, «Form-...», cit., p. 1297; SCHMALZ, «Rechtsfolgen der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften von Bauleitplänen nach § 214 BauGB», *DVBt*, 1990, p. 78; SÖPKER, «Zu den Unterschieden...», cit., p. 194; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 26 y ss.

¹⁶⁹ KOCH y HENDLER, *Baurecht...*, cit., pp. 229 y 230.

La jurisprudencia, por su parte, no ha cuestionado la constitucionalidad de estos preceptos que ha recogido el vigente Código Urbanístico¹⁷⁰.

A nosotros nos parece que si el legislador español tuviera la ocurrencia de adoptar una solución similar infringiría con ello nuestra Constitución. Es claro que si la Administración está obligada a dictar un reglamento que afecta a ciertas personas siguiendo unos determinados trámites, éstas tienen un interés legítimo en el cumplimiento de esta obligación. Ninguna duda cabe de que, con arreglo al artículo 24.1 CE, dichas personas pueden recabar la tutela judicial efectiva de tal interés. Ciertamente es que este derecho fundamental tiene límites derivados de la necesidad de salvaguardar otros derechos y valores constitucionales, pero la referida ocurrencia supondría no una limitación, sino la privación del mismo, una indefensión absoluta. La seguridad jurídica puede garantizarse a través de técnicas más respetuosas con este derecho fundamental. El argumento *a maiore ad minus* no puede utilizarse aquí. Si el legislador es libre para crear un derecho o un interés legítimo, puede hacer dos cosas: crearlo o no crearlo. Lo que no puede hacer es otorgarlo y privar a su titular de la posibilidad de defenderlo ante los Tribunales cuando ha sido lesionado¹⁷¹. Además, el artículo 106.1 CE dice muy claramente que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actividad administrativa. Resultaría contrario a dicho precepto sustraer a los Tribunales el control de la legalidad de ciertas actuaciones administrativas.

B) La relevancia temporalmente limitada de ciertos vicios

a) Vicios temporalmente relevantes

a') Vicios de procedimiento y de forma

El parágrafo 215.1.1 del Código Urbanístico dispone que la infracción de las normas de procedimiento o de forma contenidas en dicho texto legal se convierte en irrelevante si no se la hace valer por escrito frente al Municipio en el plazo de un año a contar desde la publicación del plan en cuestión. Esta regla no se aplica a ciertos vicios a los que luego haremos referencia¹⁷².

Salta a la vista que la finalidad que perseguía el legislador con esta regulación era proteger la estabilidad del planeamiento y evitar, de este modo, la gran inseguridad jurídica que producía la anulación de un plan urbanístico transcurrido un cierto tiempo desde su publicación. La ley intenta

¹⁷⁰ Vid. la S del OVG de Münster de 19-10-1993 (Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, 1994, pp. 169 y ss.), la S del BGH de 11-6-1981 (NVwZ, 1982, p. 210) y el A del BVerwG de 18-12-1987 (DVBl, 1988, pp. 500 y 501).

¹⁷¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Garantías procesales», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), 1996, t. III, p. 37.

¹⁷² Vid. *infra*, III.6.

conciliar las exigencias del principio de seguridad jurídica con las del de legalidad.

b') Vicios de la ponderación

Desde 1986 los vicios de la ponderación también se vuelven irrelevantes si nadie los hace valer por escrito frente al Municipio en el plazo de siete años a contar desde la publicación del plan (§ 215.1.2 del Código Urbanístico). Con anterioridad a 1986, no había duda de que estas ilegalidades, tanto si afectaban al proceso como al resultado de la ponderación, determinaban la nulidad del plan que las sufría¹⁷³.

Como ya quedó expuesto, el legislador de 1986 pretendía reforzar la estabilidad de los planes urbanísticos que padecían vicios de ponderación, que en ese momento eran los que con mayor frecuencia producían la anulación e inaplicación de estas ordenanzas¹⁷⁴. La elaboración del precepto ya estuvo marcada por la polémica, pues el mismo Gobierno Federal puso en duda su acierto y constitucionalidad. Su introducción en el Código Urbanístico se produjo en el *Bundesrat*, y venía avalada por el informe de cierto comité de expertos y por el posterior de la Comisión de Ordenación Territorial y Urbanismo. En estos informes se aducían algunas razones para demostrar lo justificado de la reforma: una vez han transcurrido siete años desde la publicación de un plan urbanístico lo normal es que éste ya se haya ejecutado y los vicios de ponderación, en especial los más graves y evidentes, hayan sido alegados por los destinatarios. De otro lado, la seguridad jurídica exige con especial intensidad que se conserve el plan cuya legalidad no ha sido puesta en duda en todo aquel periodo de tiempo¹⁷⁵.

El primero de los argumentos apuntados arriba se muestra insuficiente para justificar el precepto, ya que es posible que aunque hayan transcurrido siete años desde la publicación del plan éste todavía no haya sido ejecutado y que uno de aquellos vicios haya pasado inadvertido. Si no existiera esta posibilidad la norma legislativa carecería de sentido, sería superflua¹⁷⁶.

El problema reside, pues, en determinar si la seguridad jurídica ofrece suficiente fundamento a este precepto. Téngase en cuenta que la jurisprudencia

¹⁷³ Vid. la S del BVerwG de 21-8-1981 (BVerwGE 64, pp. 33 y ss.) comentada por SCHWERTFEGGER, «Rechtsfolgen...», cit., pp. 270-273.

¹⁷⁴ Vid. *supra*, III.4.C).

¹⁷⁵ Sobre las vicisitudes que rodearon a la elaboración del precepto, *vid.* GERN y SCHNEIDER, «Zur Verfassungsmäßigkeit der Unbeachtlichkeitsvorschriften bei Abwägungsfehlern nach dem Baugesetzbuch», *VBwZ*, 1988, pp. 125 y 126.

¹⁷⁶ Vid. las críticas de DOLDE, «Die Heilungsvorschriften des BauGB für Bauleitpläne», *BauR*, 1990, p. 8; PEINE, «Zur Verfassungskonformen Interpretation des § 215.2 BauGB», *NVwZ*, 1989, p. 638.

cia y la doctrina atribuyen al mandato de ponderación rango constitucional¹⁷⁷ y que los vicios de ponderación no se consideran ilegalidades de forma o de procedimiento sino «materiales»¹⁷⁸.

Entre la doctrina se ha considerado inconstitucional el precepto en la medida en que no quedan excluidos de su ámbito de aplicación los vicios de ponderación graves y evidentes. Se estima que, al igual que sucede con los actos administrativos¹⁷⁹, estas ilegalidades deberían poder alegadas sin límite temporal alguno¹⁸⁰. La seguridad jurídica debe ceder en estos casos ante el principio de legalidad¹⁸¹.

Precisamente, LÖHR considera que de acuerdo con una interpretación teleológica de este precepto que tuviese en cuenta, además, los principios de legalidad y de tutela judicial efectiva, debería excluirse la aplicación del mismo en estos supuestos de vicios graves y evidentes. El legislador no ha querido que en tales casos queden sin sanción estas ilegalidades¹⁸².

PEINE, por su parte, pone de relieve que aquí el Código Urbanístico ha invertido la relación de jerarquía entre la Constitución y los planes urbanísticos, pues éstos prevalecen sobre aquella una vez que transcurren siete años desde su publicación. Ni la confianza depositada en un plan que infringe la Constitución es digna de protección, ni el interés público en la conservación del plan justifica una consecuencia tan grave. El autor propone que el precepto debería ser interpretado en el sentido de que sólo los vicios de ponderación que no supongan una infracción constitucional están incluidos en el precepto¹⁸³.

¹⁷⁷ En cuanto que este mandato se deriva de la cláusula del Estado de Derecho y en cuanto que el plan determina el contenido del derecho fundamental de propiedad (*vid.* SÖFKER, «§ 1», *BauGB Kommentar*, dirs. Ernst, Zinkahn y Bielenberg, 1989, p. 187).

¹⁷⁸ *Vid.*, por ejemplo, el A del BVerwG de 18-12-1991 (NVwZ, 1992, pp. 882 y 883); BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., §§ 214-216, m. 7; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 233 y 234; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 18.

¹⁷⁹ El § 44.1 VwVfG dispone que «un acto administrativo es nulo cuando incurre en un vicio especialmente grave y éste es evidente de acuerdo con una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes».

¹⁸⁰ DOLDE, «Die Heilungsvorschriften...», cit., pp. 8 y ss.; GERN y SCHNEIDER, «Zur...», cit., pp. 128 y 129. Algunos miembros del comité de expertos que elaboró el «Bericht...», cit., p. 362, criticaban por esta razón la entonces propuesta de reforma. MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 231 y ss., también considera inconstitucional esta disposición.

¹⁸¹ GERN y SCHNEIDER, «Zur...», cit., p. 128.

¹⁸² LÖHR, «Das neue Baugesetzbuch. Bauleitplanung», NVwZ, 1987, p. 369.

¹⁸³ PEINE, «Zur Verfassungskonformen...», cit., p. 639; sigue esta propuesta LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 10. En contra, DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 16, y DOLDE, «Die Heilungsvorschriften...», cit., p. 9, que estiman que esta distinción entre un mandato de ponderación de rango constitucional y otro de rango simplemente legal no es posible.

GAENTZSCH estima que la regulación es perfectamente compatible con la Constitución en atención a que el plan urbanístico es una norma jurídica atípica «que en un territorio delimitado, relativamente pequeño, crea un concreto ordenamiento y produce de este modo un compromiso en el que se hallan entrelazados concretos e individuales intereses»¹⁸⁴. DÜRR también es partidario de la constitucionalidad del precepto, porque la Ley Fundamental no exige la nulidad de una norma jurídica que adolece de una ilegalidad «material»¹⁸⁵.

La jurisprudencia, salvo error nuestro, todavía no se ha pronunciado sobre el particular.

A nosotros nos parece que para valorar correctamente esta regulación legislativa hay que tener muy en cuenta una circunstancia que ha pasado casi desapercibida para la doctrina que se ha ocupado del problema: el término «vicios de ponderación» comprende tanto a los del proceso como a los del resultado de la misma. Estamos hablando de dos vicios de naturaleza distinta que posiblemente merezcan ser tratados de forma también distinta. Así, SCHMALZ considera que el precepto legislativo en cuestión es inconstitucional por lo que se refiere a los del resultado de la ponderación¹⁸⁶; en cambio, lo estima irreprochable por lo que se refiere a los que afectan al proceso de la misma; entre otras razones porque, «por regla general, el proceso de la ponderación con el tiempo palidecerá y perderá significado cuando se discuta la validez del plan»¹⁸⁷. Más adelante intentaremos demostrar que la distinción entre ambos tipos de ilegalidades cobra tanta mayor importancia cuanto mayor es el periodo de tiempo que media entre el momento en el que se dictó el reglamento y aquel en el que se enjuicia su validez. Los vicios que afectan única y exclusivamente al proceso de ponderación van perdiendo gravedad conforme transcurre el tiempo¹⁸⁸.

¹⁸⁴ GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 265, que recuerda que el § 79.2 BVerfGG [equivalente al art. 40.1 LOTC] contempla en ciertos supuestos la conservación de una regulación concreta e individual a pesar de su inconstitucionalidad.

¹⁸⁵ DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 7.

¹⁸⁶ SCHMALZ, *Baugesetzbuch Kommentar*, (dir. Schrödter), Vahlen, München, 1992, § 215, m. 7.

¹⁸⁷ *Ibidem*, § 215, m. 6. Por su parte, LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 7, dice que la regulación es criticable, cuando menos, por lo que hace a los vicios del resultado de la ponderación.

¹⁸⁸ *Vid. infra*, X.5.B).c). La distinción entre resultado y proceso de la ponderación se forja al hilo de la disp. transitoria del § 173.3 BBauG: «Las normas y planes urbanísticos que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley contengan regulaciones obligatorias previstas en el § 9 [relativo al contenido de los planes de edificación] valdrán como planes de edificación». La S del BVerwG de 20-10-1972 (BVerwGE 41, p. 71), declaró que lo relevante para que dichas normas pudiesen tener vigencia en calidad de planes de edificación era su contenido, el resultado y no el proceso de la ponderación que en su momento tuvo lugar.

b) Requisitos para que un vicio de procedimiento, de forma o de la ponderación deje de ser relevante por el transcurso del tiempo

Dos circunstancias deben tener lugar para que uno de estos vicios se vuelva irrelevante.

La primera de ellas es el transcurso de uno o de siete años, según se trate de vicios de procedimiento o forma o de vicios de la ponderación, desde que se publicó el reglamento. Para que empiece a correr dicho plazo es preciso que la publicación del plan informe a los ciudadanos acerca de los requisitos exigidos para hacer valer los correspondientes vicios así como de las consecuencias jurídicas que ello trae consigo¹⁸⁹.

La segunda es que no se haya hecho valer dicho vicio por escrito y frente al Municipio en el mencionado plazo. La interpretación de la ley presenta en este punto numerosos problemas¹⁹⁰. La causa de ello es que esta alegación o «amonestación» (*Rüge*) constituye un *novum* en el Derecho alemán¹⁹¹. Así, se ha discutido acerca de las personas legitimadas para formularla, sus requisitos de forma y contenido, etc.¹⁹². A nosotros nos interesa el estudio de sus consecuencias jurídicas.

Merece destacarse que la misma no desencadena ningún procedimiento administrativo o proceso jurisdiccional encaminado a enjuiciar la validez del reglamento. Esta declaración de voluntad recepticia¹⁹³ no es un recurso administrativo ni tampoco una pretensión procesal. Lo único que determina es que un vicio relevante no pueda dejar de serlo por el transcurso del tiempo. Al configurar de este modo dicha amonestación, el legislador pretendía ofrecer al Municipio la posibilidad de que, una vez advertido el vicio que padecía el plan, pudiese subsanarlo¹⁹⁴. Luego veremos que esta solución tiene graves inconvenientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica, por lo que puede dudarse de que en este punto el legislador haya logrado conciliar adecuadamente las exigencias de este principio con las del de legalidad.

c) Eficacia jurídica del plan aquejado de un vicio temporalmente relevante

Aquí hay que distinguir tres supuestos:

¹⁸⁹ § 215.2 BauGB. Al respecto, *vid.* LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 2 y ss.

¹⁹⁰ Así lo advirtieron tempranamente MOLODOVSKY, «Rechtliche...», cit., pp. 543 y ss.; SCHÄFER, «Form-...», cit., p. 1297.

¹⁹¹ MAURER, «Abgestufte...», cit., p. 241.

¹⁹² *Vid.*, por todos, LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 13 y ss.

¹⁹³ *Vid.* KOHLS, «Zur Geltendmachung von Verfahrens- und Formfehlern nach § 155a BBauG», *BauR*, 1982, pp. 126-129.

¹⁹⁴ MAURER, «Abgestufte...», cit., p. 241; MOLODOVSKY, «Rechtliche...», cit., p. 543.

Si en el mencionado plazo de uno o de siete años nadie ha hecho valer el correspondiente vicio, éste se vuelve irrelevante. El problema reside en determinar qué consecuencias jurídicas se anudan a la irrelevancia, concepto empleado por el legislador que no viene respaldado por ninguna tradición doctrinal o jurisprudencial que lo haga incontestable¹⁹⁵. La jurisprudencia considera que el plan debe ser considerado eficaz jurídicamente desde un principio y no sólo a partir del momento en el que expira el referido plazo¹⁹⁶. DÜRR considera que una interpretación teleológica de la ley impone esta solución. La seguridad jurídica perseguida por el legislador se opone a que después del transcurso de aquel plazo se cuestionen los efectos del plan producidos hasta ese momento¹⁹⁷.

La finalidad legislativa queda satisfecha en este primer supuesto. Municipio y ciudadanos pueden estar seguros de que el plan no perecerá por cualquiera de estos vicios llamémosles de «anulabilidad». Por su parte, las personas cuyos intereses han sido afectados por el plan ilegal han tenido la oportunidad efectiva de evitar que éste produzca efectos jurídicos, por lo que la limitación de la tutela judicial y del principio de legalidad es en estos casos razonable¹⁹⁸. Dejamos a un lado la problemática específica que aquí presentan los vicios de la ponderación.

Otra cosa sucede cuando se produce una amonestación dentro de plazo que cumple los demás requisitos fijados por la ley y que resulta fundada por padecer efectivamente el plan en cuestión la ilegalidad denunciada. Ello impide que el vicio aducido se convierta en irrelevante por el mero transcurso del tiempo. El plan es ineficaz perpetuamente, *inter omnes* —no sólo respecto del sujeto que amonesta¹⁹⁹—, y desde un principio —no sólo desde el momento en el que se produce la amonestación²⁰⁰—.

El legislador quiere darle entonces al Municipio la oportunidad de que subsane el correspondiente vicio. El problema se plantea cuando no tiene lugar esta subsanación, bien porque el Municipio estima que el plan no

¹⁹⁵ MAURER, «Bestandskraft...», cit., pp. 228 y 229. El § 45.1 VwVfG utiliza el término «irrelevante» cuando habla de los vicios de forma y procedimiento que han sido subsanados. Pero la doctrina considera que en el supuesto que ahora nos ocupa no se produce una verdadera subsanación. *Vid.*, por ejemplo, HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 165.

¹⁹⁶ *Vid.* la S del BGH de 2-4-1992 (DVBl, 1992, pp. 1095 y ss., aquí, p. 1097), que habla de subsanación retroactiva (*rückwirkende Heilung*).

¹⁹⁷ *Vid.* DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 15.

¹⁹⁸ KIRCHHOF, «Die Baurechtsnovelle...», cit., p. 2384, que estima que en otros puntos la ley es desacertada e, incluso, inconstitucional.

¹⁹⁹ Actualmente existe aquí unanimidad; *vid.* LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 17. *Vid.* una justificación de esta solución en SCHÄFER, «Form-...», cit., pp. 1294 y ss. En contra se manifestó en su momento GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle...», cit., pp. 19 y ss.

²⁰⁰ DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 14.

adolece de vicio alguno, bien porque no considera oportuno subsanarlo²⁰¹. Como bien ha señalado GROSSE-HÜNDFELD, aquí las reformas legislativas no han traído consigo ninguna mejora de la seguridad jurídica, que sigue padeciendo lo mismo que antes²⁰². Ni los ciudadanos ni el Municipio pueden confiar en la validez y conservación del plan, porque existe la posibilidad de que la amonestación resulte fundada y, en consecuencia, de que el plan sea anulado o inaplicado en un futuro.

Se han propuesto algunas soluciones, como, por ejemplo, que las amonestaciones deberían ser publicadas para que los ciudadanos supieran a qué atenerse²⁰³, pero con ello no se resuelve el problema, puesto que no se despeja la duda de si las mismas están o no fundadas, de si el plan es legal o ilegal. Lo único que conllevaría esta publicación es multiplicar la incertidumbre al respecto²⁰⁴.

A nuestro juicio, lo más conveniente para la seguridad jurídica cuando se cuestiona la validez de una disposición reglamentaria es que se resuelva lo más rápidamente posible la duda de si esa disposición es válida o no, para que así los afectados por la misma sepan cuanto antes a qué atenerse. Lo que pide la seguridad es que se dicte lo más pronto posible una sentencia firme con efectos *erga omnes* que ponga fin a la referida controversia²⁰⁵. Éste era uno de los argumentos que se han utilizado en nuestro país en defensa de la supresión total de la vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo contra reglamentos²⁰⁶, solución que ha acabado por recoger el legislador español (art. 107.3 LPC). Legislador que luego también ha tenido en cuenta esta necesidad al disponer que «los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-

²⁰¹ BOECKER, «Heilung...», cit., p. 365, y SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 16, advierten que la suposición del legislador de que el Municipio subsanará no se corresponde con la realidad.

²⁰² GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle...», cit., pp. 19 y ss. En sentido similar, GIERKE, «Die Behandlung rechtswidriger Bebauungspläne», *ZfBR*, 1985, p. 65.

²⁰³ BOECKER, «Heilung...», cit., p. 365; MAURER, «Bestandskraft...», cit., p. 226. BREUER, Rüdiger, «Die Kontrolle der Bauleitplanung. Analyse eines Dilemmas», *NVwZ*, 1982, p. 277, consideraba que la BBauG era en este punto inconstitucional por no prever dicha publicación.

²⁰⁴ En contra de esta publicación, VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 69 y 70, porque la misma podría dar una falsa apariencia de ilegalidad del plan.

²⁰⁵ Vid. el párrafo quinto del ap. V de la EM de la LJ. En sentido similar, FINKELNBURG, «Rückwirkende Heilung von Bebauungsplänen», *Planung und Plankontrolle. Festschrift für O. Schlichter*, 1995, p. 304; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 65 y 66.

²⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso...», cit., p. 180.

administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales» (art. 66 LJ)²⁰⁷.

Queda por tratar la eficacia jurídica de los planes viciados con ilegalidades temporalmente relevantes en el supuesto en el que no haya transcurrido el correspondiente plazo ni se haya producido amonestación alguna. Con anterioridad a 1997, se discutió mucho entre la doctrina acerca de si los Tribunales podían inaplicar estos planes en tales supuestos, pues el tenor literal de la ley no dejaba claro si los correspondientes vicios eran o no relevantes cuando todavía nadie los había alegado ni tampoco había transcurrido el plazo de uno o siete años, según el caso, desde la publicación del plan²⁰⁸.

Un sector de la doctrina intentaba dar respuesta a estos problemas apoyándose en la doctrina tradicional de la nulidad y la anulabilidad. De acuerdo con la misma, un plan nulo no produce efectos jurídicos y, por lo tanto, el Juez debe inaplicarlo de oficio. Por el contrario, un plan anulable produce efectos jurídicos, es obligatorio; su ineficacia sólo puede producirse a través de una sentencia con efectos constitutivos y, hasta que eso no suceda, debe ser aplicado por el Juez. Dentro de este sector doctrinal, algunos se decantaban por la anulabilidad²⁰⁹ y otros por la nulidad²¹⁰.

Un segundo grupo de autores intentaba hallar la solución sin plantearse si el reglamento era nulo o anulable. Unos aducían el tenor literal de la ley en su favor²¹¹. Otros se basaban en una interpretación teleológica y sistemática de la misma: la ley limitaba en aras del principio de paz jurídica la posibilidad de privar de efectos jurídicos a un plan que adolecía de ciertos vicios, por lo que en aquel periodo de tiempo en el que no regía esta limitación debería poder discutirse la validez del plan con toda amplitud pues ello no perjudicaba todavía a dicho principio²¹².

El nuevo Código Urbanístico ha resuelto esta cuestión. Si antes su parágrafo 215.1 decía que «es irrelevante una infracción...», si no se la ha hecho

²⁰⁷ Regla aplicable, en virtud del art. 126.4 LJ, a la llamada «cuestión de legalidad».

²⁰⁸ El § 215.1 BauGB decía que «es irrelevante una infracción...», si no se la ha hecho valer por escrito frente al Municipio en el plazo de un año...».

²⁰⁹ HILL, en «Zur Dogmatik...», cit., pp. 4 y ss. y en *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 156 y ss.

²¹⁰ MAURER, «Bestandskraft...», cit., p. 233 y ss.; SCHMALZ, «Rechtsfolgen...», cit., p. 78 y 79.

²¹¹ Como señala DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, mm. 10 y 11, el tenor literal del § 215.1 BauGB admitía dos interpretaciones opuestas: DOLDE, «Die Heilungsvorschriften...», cit., p. 11, estimaba que el plan era provisionalmente eficaz; en contra, GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 264; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 18; SCHMALZ, «Rechtsfolgen...», cit., pp. 79 y 80.

²¹² Vid. GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 264. En sentido similar, SCHMALZ, «Rechtsfolgen...», cit., p. 80.

valer por escrito frente al Municipio en el plazo de...», ahora dice que «se vuelve irrelevante una infracción..., si no se la ha hecho valer por escrito frente al Municipio en el plazo de...». Esta redacción indica claramente que las correspondientes ilegalidades son relevantes durante el año o los siete años posteriores a la publicación del reglamento, aunque nadie las haya hecho valer²¹³. Además, el Código dice expresamente que mientras estos vicios relevantes no sean subsanados, el plan que los sufre es jurídicamente ineficaz (§ 215a.1). En suma, los Tribunales deben inaplicar el plan urbanístico a menos que haya transcurrido el referido plazo sin que nadie haya realizado la pertinente amonestación²¹⁴.

Lo interesante de esta regulación es que evidencia la incapacidad de la teoría tradicional de la nulidad y de la anulabilidad para explicar la realidad. El plan urbanístico que padece vicios temporalmente relevantes no puede ser considerado nulo, no sólo porque el propio Código Urbanístico excluye expresamente esta sanción (§ 215a.1), sino también porque dichos vicios no pueden ser alegados en cualquier momento. La calificación de anulable tampoco le cuadra a dicho plan, porque tradicionalmente se dice que los actos anulables producen efectos jurídicos mientras no sean anulados, pero este reglamento es, por lo menos mientras no transcurran uno o siete años desde la publicación del mismo, jurídicamente ineficaz, no obligatorio. En conclusión, o se revisan las consecuencias jurídicas que se asocian a las categorías de la nulidad y la anulabilidad o se renuncia a las mismas para calificar al plan que sufre uno de estos vicios. Esta última postura adoptan, implícitamente, los autores que estiman que al plan le corresponde en estos casos la sanción de su «ineficacia suspensiva»²¹⁵, la «suspensión» de su eficacia²¹⁶ o la de su «ineficacia provisional»²¹⁷.

d) La extensión de las soluciones ensayadas en el Derecho urbanístico a la legislación de los *Länder* sobre ordenanzas locales

La solución ensayada en materia urbanística, consistente en que los vicios de procedimiento y de forma que no se hayan hecho valer dentro de un determinado plazo desde que se publicó un plan urbanístico no producen la

²¹³ SCHABER, «Unbeachtlichkeit...», cit., p. 162. En sentido parecido, BATTIS, KRAUTZERBERGER y LÖHR, «Die Neuregelungen...», cit., p. 1166.

²¹⁴ SCHABER, «Unbeachtlichkeit...», cit., p. 163. HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz der Planerhaltung im neuen Städtebaurecht», *DVBZ*, 1997, p. 1413, consideran que también la Administración debe inaplicarlo.

²¹⁵ BATTIS, KRAUTZERBERGER y LÖHR, «Die Neuregelungen...», cit., p. 1166; STÜER y RUDE, Stefan, «Bauleitplanung. Städtebaubericht 1996 bis 1998», *DVBZ*, 1999, p. 219.

²¹⁶ PEINE, «Das neue Bau- und Raumordnungsrecht 1998», *JZ*, 1998, p. 25.

²¹⁷ HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1413.

invalidez del mismo, va a servir como modelo para que los *Länder* introduzcan regulaciones legislativas similares a la hora de establecer el régimen jurídico de las ordenanzas locales²¹⁸. Estas regulaciones no son totalmente idénticas entre sí. Puede apreciarse, por ejemplo, que los plazos establecidos para hacer valer las correspondientes ilegalidades varían y que la gama de los vicios que se convierten en irrelevantes por el transcurso del tiempo es más o menos amplia según los casos²¹⁹.

Antes que llevar a cabo un análisis detallado de todas estas regulaciones y de los singulares problemas que presentan cada una de ellas, hemos preferido centrar nuestros esfuerzos en el estudio del precepto equivalente contenido en la legislación urbanística²²⁰. No sólo porque es el que ha sido tomado como referencia por las legislaciones de los *Länder*, sino también porque es, de entre todos los preceptos «hermanos», el que mayor atención doctrinal ha suscitado. Ello no quita que ahora debamos abordar una cuestión de capital importancia: la de si la solución legislativa que ahora consideramos debe reservarse únicamente para los planes urbanísticos en atención a las características específicas y peculiares de estas normas o si, por el contrario, resulta justificado extenderla también al régimen jurídico de otras ordenanzas locales y, en definitiva, de cualquier reglamento.

Entre los partidarios de la primera de estas dos tesis²²¹ destaca MAURER. Este autor reconoce el carácter normativo de los planes urbanísticos, pero al mismo tiempo resalta las notas que los distinguen de otras normas jurídicas «típicas». El plan urbanístico contiene algunas regulaciones concretas que no necesitan ser ejecutadas y no tiene una duración ilimitada sino que se agota con su realización; ello justificaría un acercamiento al régimen jurídico de los actos administrativos²²². Cuando se anula un plan se perjudica a la seguridad jurídica y a los ciudadanos que han realizado inversiones confiando en la validez del mismo y, a cambio, queda un proyecto a medio realizar que no puede ser continuado, pero que tampoco puede ser fácilmente deshecho²²³. La

²¹⁸ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 83 y «Zur Dogmatik...», cit., pp. 1 y ss.; WILHELM, «Präklusionswirkungen für das kommunale Beanstandungsrecht», *NVwZ*, 1984, p. 424; SCHMIDT-ASSMANN, «Unzulässige...», cit., p. 87.

²¹⁹ Vid. HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 83 y ss.

²²⁰ Al igual que MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 22 y 212 y ss.; OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2806.

²²¹ Vid. OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2812; SCHMALZ, «Rechtsfolgen...», cit., p. 79.

²²² MAURER, «Bestandskraft...», cit., pp. 238 y ss. Esta idea la encontramos también en DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 16; GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 265; JADE, «Landesrechtliche Bestandskraftverstärkung für Bebauungspläne?», *UPR*, 1996, p. 15; SCHLICHTER, «Baugesetzbuch...», cit., p. 110; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 19 y ss.; «Bericht...», cit., p. 360.

²²³ MAURER, «Bestandskraft...», cit., p. 218.

publicidad y la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de estos planes facilitan el que los interesados puedan conocer los vicios relativos a dicho procedimiento²²⁴. En conclusión: la solución adoptada es constitucional y políticamente defendible a la vista de todos los principios jurídicos e intereses que en el caso concreto se dan cita²²⁵.

El supuesto de las restantes ordenanzas locales lo considera diferente. Se trata de normas jurídicas típicas, regulaciones generales y abstractas que necesitan ser concretadas a través de actos administrativos para afectar a los ciudadanos. Su anulación no tiene, pues, efectos tan graves para la seguridad jurídica como la de un plan urbanístico. A ello se añade que la publicidad del procedimiento de elaboración de estas ordenanzas es menor que la que tiene lugar cuando se elabora uno de aquellos planes. En suma, aunque MAURER reconoce que el principio de seguridad jurídica pide la conservación de estas «ordenanzas auténticas», estima que en todo momento deben prevalecer los de legalidad y tutela judicial efectiva²²⁶.

DI FABIO, por su parte, considera deseable extender el régimen de firmeza propio del acto administrativo a las disposiciones reglamentarias que regulen «casos individuales» [sic], pero estima problemática esa extensión a las disposiciones «para largo plazo y sin un receptor determinado»²²⁷.

STOBER, por el contrario, considera que el principio de seguridad jurídica sí justifica de modo suficiente el que se limite temporalmente la relevancia de ciertos vicios de procedimiento y de forma de todas las ordenanzas locales²²⁸, pero no argumenta con un mínimo de detalle y amplitud esta tesis.

C) La subsanación de los vicios de forma y procedimiento y el procedimiento complementario

La legislación alemana ofrece desde 1979 a los Municipios la posibilidad de disponer la entrada en vigor retroactiva de un plan urbanístico una vez subsanados los vicios de procedimiento o forma del mismo²²⁹. Se trata de una regulación difícilmente explicable por el dogma de la nulidad, pues siempre se ha dicho que no cabe la subsanación de los actos nulos. El vigente Código Urbanístico contempla dicha posibilidad en su parágrafo 215a, titulado «procedimiento complementario» (*ergänzendes Verfahren*), en concreto, en su segundo apartado. En el primero, se dispone que los vicios relevantes que

²²⁴ *Ibidem*, p. 240.

²²⁵ *Ibidem*, p. 241.

²²⁶ *Ibidem*, p. 241 y ss.

²²⁷ DI FABIO, «Sistema de las formas de actuación y la teoría de las consecuencias de las irregularidades», *DA*, (trad. Nieto König), 235-236, 1993, p. 372.

²²⁸ STOBER, *Kommunalrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1996, p. 273.

²²⁹ *Vid.* el § 155a.5 BBauG y el § 215.3 BauGB de 1986.

pueden ser subsanados a través de un procedimiento complementario no determinan la nulidad del reglamento, que no produce efectos jurídicos hasta que no tenga lugar la subsanación.

a) La subsanación de los vicios de forma y de procedimiento

Los preceptos que regulan esta subsanación han tenido entre la doctrina y la jurisprudencia una acogida mucho más favorable que aquellos a los que nos hemos ido refiriendo a lo largo del trabajo y que constituyen otras tantas quiebras del viejo dogma de la nulidad²³⁰.

Esta figura no era totalmente desconocida. El Tribunal Constitucional Federal había declarado que el legislador podía corregir los vicios formales de una ley y sustituirla por otra posterior de idéntico contenido y que tuviese efectos retroactivos incluso para aquellos ciudadanos que la habían impugnado²³¹. Este supuesto constituye una de las excepciones a la irretroactividad de las normas desfavorables, porque aquí la confianza de los ciudadanos en la invalidez de las mismas no es digna de protección²³². En esta jurisprudencia se basó el Tribunal Contencioso-administrativo Federal para admitir la retroactividad de una ordenanza fiscal que tenía el mismo contenido que otra dictada veinte años atrás y que, incluso, había sido inaplicada judicialmente por padecer ciertos vicios²³³. En realidad, los Municipios podían y pueden subsanar sus ordenanzas que incurran en ilegalidades de procedimiento o de forma sin necesidad de que el legislador les habilite expresamente al respecto²³⁴. Lo que ha hecho la Ley es, únicamente, dejar clara esta posibilidad²³⁵.

a) Concepto

La subsanación consiste en repetir aquella parte viciada del procedimiento de elaboración de un plan pero, esta vez, de conformidad con el Derecho²³⁶.

²³⁰ *Vid.* BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., §§ 214-216, m. 7; BOECKER, «Heilung...», cit., p. 365; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., p. 220; SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20.

²³¹ *Vid.* la S del BVerfG de 15-11-1967 (BVerfGE 22, pp. 330 y ss., esp. pp. 347 y 348).

²³² Sobre esta jurisprudencia, *vid.* MAURER, «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), 1988, t. III, pp. 228 y ss.

²³³ S del BVerfG de 17-4-1973 (DVBl, 1975, pp. 373 y ss.), criticada por SKOURIS, «Die rückwirkende Heilung formell fehlerhafter Steuervorschriften», *DVBl*, 1975, pp. 357-362. Sobre otras Sentencias del BVerfG que mantienen esta jurisprudencia, *vid.* VON MUTIUS, «Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Abgabebesatzungen», *VerwArch*, 1979, pp. 73-80.

²³⁴ SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20, y la jurisprudencia que allí se cita.

²³⁵ GASSNER, «Aktuelle Probleme der rückwirkenden Inkraftsetzung von Satzungen gemäß § 215.3 BauGB», *BauR*, 1993, p. 37; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 20. En contra, FINKELNBURG, «Rückwirkende...», cit., pp. 305, 306 y 310.

²³⁶ LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 23.

Interesante resulta la tesis de SCHMIDT-ASSMANN, que considera que, en realidad, no se trata de la «curación» de la antigua ordenanza sino de la emisión de una nueva cuyo procedimiento de elaboración se compone de dos partes: aquella porción del procedimiento de la antigua ordenanza libre de vicios y la que ahora se lleva a cabo²³⁷. Esta técnica simplifica el procedimiento que hay que llevar a cabo para dictar una ordenanza en la medida en que pueden ser utilizados los trámites no viciados del procedimiento de otra anterior²³⁸.

b') La obligación de subsanar

El parágrafo 215.3 del Código Urbanístico de 1986 decía que el Municipio «podía» subsanar ciertos vicios, con lo que daba a entender que se trataba de una facultad de ejercicio discrecional²³⁹.

Sin embargo, algunos autores defendían que la subsanación no era enteramente discrecional para el Municipio, pues la seguridad jurídica le imponía en ciertos casos la obligación de subsanar²⁴⁰. En efecto, es probable que los ciudadanos hayan confiado en la validez y subsistencia de un plan urbanístico. La subsanación protege esta confianza²⁴¹ y evita la anulación del plan, que vimos que era un suceso grave para la seguridad jurídica. GROSSE-HÜNDFELD advertía el riesgo de que el Municipio se aprovechara de los vicios de su propio plan —inválido, pero subsanable— para desconocer las expectativas y situaciones jurídicas creadas al amparo del mismo²⁴².

El Tribunal Contencioso-administrativo Federal declaró posteriormente que la discrecionalidad «con frecuencia se reduce de acuerdo con la finalidad de la ley, en el sentido de que el Municipio en interés de la seguridad jurídica debe dictar el plan con eficacia retroactiva»²⁴³. El problema es que, como señalan VON MUTIUS y HILL, el Juez no puede sustituir al Municipio en el cumplimiento de esta obligación porque la Ley niega expresamente que los particulares puedan pretender que se adopte o se modifique un plan urbanístico²⁴⁴. Pero ello no quita

²³⁷ SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20.

²³⁸ *Ibidem*, p. 20, y LÜERS, «Die Bauleitplanung nach dem BauROG», *DVBt*, 1998, p. 443. En términos parecidos, *vid.* el A del BVerwG de 6-5-1993 (BVerwGE 92, pp. 266 y ss., aquí, p. 271).

²³⁹ Así lo estimaban VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 36 y ss.

²⁴⁰ *Vid.* BOECKER, «Heilung...», cit., p. 366; GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle...», cit., pp. 22 y 23; MAURER, «Abgestufte...», cit., pp. 244 y 245.

²⁴¹ S del BVerwG de 5-12-1986 (BVerwGE 75, pp. 262 y ss., aquí, p. 268).

²⁴² GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle...», cit., pp. 21 y ss. En el mismo sentido, SCHARMER, *Bebauungspläne...*, cit., p. 147.

²⁴³ S del BVerwG de 5-12-1986 (BVerwGE 75, pp. 262 y ss., aquí, p. 269).

²⁴⁴ VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., p. 44, en relación con el § 2.7 BBauG, equivalente al § 2.3 BauGB.

que los ciudadanos sí tengan el derecho de ser indemnizados por los perjuicios que les ha ocasionado el incumplimiento de la obligación de subsanar²⁴⁵.

El mencionado Tribunal ha declarado en otra ocasión que si el Municipio no subsana el plan inválido está obligado a proceder a su anulación siguiendo para ello el correspondiente procedimiento²⁴⁶. El problema es que el Municipio puede considerar que el plan urbanístico que un ciudadano estima inválido es perfectamente legal. Sólo *a posteriori*, cuando los órganos jurisdiccionales se pronuncien sobre esta cuestión, puede saberse si el plan era efectivamente inválido o no.

El Código Urbanístico vigente ya no utiliza el término «podrá», pero tampoco obliga expresamente al Municipio a subsanar. Hay que entender, pues, que en este punto nada ha cambiado²⁴⁷.

c') Vicios subsanables

Cualquier defecto de forma o procedimiento del plan puede ser, en principio, subsanado. El legislador no ha fijado una lista cerrada de vicios subsanables, como ocurre en el caso de los actos administrativos²⁴⁸. El Municipio puede subsanar no sólo las ilegalidades cuya relevancia es temporalmente limitada, sino también las siempre relevantes, cuyo estudio se abordará posteriormente. Merece resaltarse que, así como otros preceptos que establecen la irrelevancia o la relevancia temporalmente limitada de ciertas ilegalidades sólo son aplicables respecto de las infracciones de las normas del Código Urbanístico, la posibilidad de subsanación se extiende también a la contravención de la legislación de los *Länder*²⁴⁹. Esto no supone una lesión de las competencias de éstos últimos, entre otras razones²⁵⁰, porque los Municipios disponían ya de la mencionada facultad antes de que el legislador se la reconociese.

d') Repetición de los trámites viciados

La subsanación consiste en la realización de una serie de trámites. Dos son las principales cuestiones que se plantean al respecto, y sobre las dos guarda silencio el Código Urbanístico vigente.

²⁴⁵ *Vid.* GROSSE-HÜNDFELD, «Plankontrolle...», cit., p. 23.

²⁴⁶ S del BVerwG de 21-11-1986, (BVerwGE 75, p. 142).

²⁴⁷ Los primeros comentarios doctrinales del nuevo BauGB callan al respecto. *Vid.* BATTIS, KRAUTZERBERGER y LÖHR, «Die Neuregelungen...», cit., p. 1166; WAGNER, «Bauleitplanverfahren. Änderungen durch die BauGB Novelle 1998», *BauR*, 1997, pp. 719 y ss.; HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., pp. 1409 y ss.

²⁴⁸ *Vid.* el § 45 VwVfG y KLAPPSTEIN, *Verwaltungsverfahrensgesetz...*, cit., p. 702.

²⁴⁹ S del BVerwG de 25-11-1999 (DVBl, 2000, p. 470).

²⁵⁰ *Vid.* LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 22; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 34.

En primer lugar, hay que precisar qué trámites han de llevarse a cabo. El párrafo 215.3 del Código Urbanístico de 1986 decía expresamente que había que corregir el vicio y repetir los trámites realizados con posterioridad al mismo. Así lo entendía la doctrina incluso antes de que el Código se pronunciara al respecto²⁵¹. Por ejemplo, no era necesario proceder a una nueva deliberación y votación para subsanar un plan defectuosamente promulgado²⁵². No creemos que el silencio del legislador de 1997 pueda interpretarse como una corrección de aquella regla general pacíficamente aceptada con anterioridad. Debe señalarse, no obstante, que la misma ha sido matizada por la jurisprudencia: cuando media un largo periodo de tiempo entre el momento en el que se emitió el plan viciado y aquel en el que se produce la subsanación del mismo, de modo que los intereses y circunstancias relevantes para la ponderación han cambiado sustancialmente, el Municipio debe llevar a cabo una nueva ponderación²⁵³. Algunos autores añaden que aquí deberían repetirse ciertos trámites —participación de los ciudadanos o de algunas Administraciones públicas en la elaboración del plan— realizados en un momento anterior a la comisión de la ilegalidad, porque de otro modo éstos no podrían contribuir a una correcta ponderación²⁵⁴.

La segunda cuestión que se suscita es si existe algún límite temporal a partir del cual ya no resulta lícita la subsanación. Con arreglo a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1976, la subsanación de un acto administrativo sólo podía realizarse hasta la conclusión del procedimiento previo a la vía jurisdiccional o, si éste no había tenido lugar, hasta la interposición del recurso contencioso-administrativo²⁵⁵. Esta era la regla de la que partían implícitamente la Ley Federal de Urbanismo y luego el Código Urbanístico, pues ya vimos que la «amonestación» de un vicio temporalmente relevante no desencadena proceso alguno, precisamente, para dar al Municipio la oportunidad de subsanar.

La citada Ley de Procedimiento Administrativo ha sido modificada en 1996, y ahora permite que la subsanación del acto pueda producirse hasta la finalización del proceso contencioso²⁵⁶. No vamos a referirnos ahora al

²⁵¹ Vid., por ejemplo, VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., p. 45.

²⁵² Vid. el A del BVerwG de 24-5-1989 (BauR, 1989, pp. 692 y 693), comentado por ZIEGLER, «Ausfertigung und Heilung von Ausfertigungsmängeln bei Bebauungsplänen», *NVwZ*, 1990, pp. 533-535.

²⁵³ Vid. el A del BVerwG de 23-6-1992 (BauR, 1993, pp. 64 y ss.), comentado por GASSNER, «Aktuelle...», cit.

²⁵⁴ SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 22; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 24.

²⁵⁵ Vid. la redacción originaria (de 25-5-1976) del § 45.2 VwVfG. Sólo podía ser subsanada con posterioridad la, en su caso, necesaria solicitud del interesado.

²⁵⁶ Vid. el vigente § 45.2 VwVfG, redactado de acuerdo con la Ley de 12-9-1996 (BGBl 1354 y ss.).

contexto en el que se enmarca esta reforma, ni tampoco a la viva polémica a la que ha dado lugar²⁵⁷. Únicamente advertiremos que la jurisprudencia ya había admitido que los planes urbanísticos pudiesen ser subsanados incluso después de haber sido anulados por sentencia firme. En efecto, el Auto del Tribunal Contencioso-administrativo Federal de 6 de mayo de 1993 (BVerwGE 92, pp. 266 y ss.) declaró que, en virtud de lo establecido en el Código Urbanístico, el Municipio podía adoptar de nuevo el plan anulado una vez subsanado el vicio formal que padecía y repetidos los trámites posteriores²⁵⁸. Como muy bien decía este Tribunal, en realidad no se trata de la curación o de la resurrección del plan declarado nulo; lo que acontece es que se adopta uno nuevo de idéntico contenido al anterior mediante un procedimiento simplificado.

En verdad, el problema no es tanto si se puede subsanar antes, durante o después del proceso, sino precisar en qué circunstancias resulta lícito dar efectos retroactivos al nuevo reglamento.

e) Consecuencias jurídicas de la subsanación

El Municipio puede dar efectos retroactivos al plan resultante de la subsanación. De esta forma se consigue que ciertos intereses públicos y privados no queden desamparados durante el periodo de tiempo comprendido entre la adopción del antiguo y del nuevo plan. Fundamentalmente, se evita

²⁵⁷ Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, «La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania», *RAP*, 147, 1998, pp. 423 y ss., esp. p. 436 y ss.; y las críticas de BERKEMANN, «Verwaltungsprozeßrecht auf neuen Wegen?», *DVBt*, 1998, pp. 446 y ss.; BONK, «Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz», *NVwZ*, 1997, pp. 320-330; BRACHER, «Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?», *DVBt*, 1997, pp. 534 y ss.; DOLDERER, «Die neue eingeführte Ergänzung von Ermessenserwägungen im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 1999, pp. 104-110; HATJE, «Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung», *DÖV*, 1997, pp. 477-485; HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 616 y ss.; NIEDOBITEK, «Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens», *DÖV*, 2000, pp. 761-768; REDEKER, K., «Die Heilungsvorschriften der 6. VwGO-Novelle», *NVwZ*, 1997, pp. 625-628; SCHENKE, «Reform ohne Ende. Das 6. Gesetz zur Änderung des VwGO und anderer Gesetze», *NJW*, 1997, pp. 86 y ss.; SODAN, Helge, «Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern», *DVBt*, 1999, pp. 729 y ss.

²⁵⁸ Vid. también la S del BVerwG de 31-3-1995 (*NVwZ*, 1995, pp. 901 y ss.). A favor de esta posibilidad, REDEKER, K., VON OERTZEN y REDEKER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., § 47, m. 45; SCHMALZ, *DVBt*, 1990, pp. 1120 y ss.; KOPP y SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1998, § 47, m. 99; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 39. En contra, FINKELNBURG, «Rückwirkende...», cit., p. 303.

la consolidación de aprovechamientos urbanísticos «negros», incompatibles con ambas normas²⁵⁹.

El principio constitucional de protección de la confianza legítima, esto es, el de seguridad jurídica, prohíbe en ciertos casos la retroactividad de las normas jurídicas desfavorables. La regulación de esta subsanación y entrada en vigor retroactiva del plan no se escapa, evidentemente, de estas exigencias constitucionales. Con todo acierto consideran SCHMIDT-ASSMANN²⁶⁰ y VON MUTIUS y HILL²⁶¹, entre otros, que la licitud de la misma viene determinada por los mismos principios que han de tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de cualquier norma retroactiva: la retroactividad será admisible siempre que la confianza de los ciudadanos en el mantenimiento de la situación jurídica anterior no sea digna de protección²⁶². Del mismo modo, la subsanación y entrada en vigor retroactiva del nuevo plan será lícita si la confianza en la invalidez del antiguo no merece ser protegida. La clave reside en determinar cuándo esta confianza es digna de protección y cuándo no. A la luz de este criterio deben resolverse las cuestiones que plantea el Código Urbanístico en este punto:

Así, no cabe dar efectos retroactivos al plan cuyo contenido es diferente al del «subsanado». Se requiere que el contenido de ambos sea el mismo para que sea lícita la entrada en vigor retroactiva del plan posterior²⁶³. Si se da este caso, el plan posterior no representa ninguna sorpresa para los ciudadanos. Podría replicarse que los ciudadanos confían en la invalidez de la primera norma, pero la jurisprudencia considera que dicha confianza no pesa en este caso lo suficiente como para excluir la retroactividad²⁶⁴. También se ha señalado acertadamente que no puede darse efectos retroactivos al plan que viene a subsanar a uno anterior que adolecía de vicios graves de publicación²⁶⁵, aunque el tenor literal de la ley indica lo contrario. Tampoco es lícito extender los efectos retroactivos del plan que resulta de la subsanación a un

momento anterior al de la entrada en vigor del antiguo plan, pero sí a uno posterior²⁶⁶.

Volvamos al mencionado Auto del Tribunal Contencioso-administrativo Federal de 6 de mayo de 1993. Este Auto no sólo considera lícita la emisión de un plan para cuya elaboración habían sido aprovechados algunos trámites de otro anterior anulado judicialmente por vicios de forma, sino que, además, admite implícitamente la eficacia retroactiva del segundo plan²⁶⁷, siguiendo la opinión de algunos autores a los que expresamente cita²⁶⁸. El Tribunal argumenta, en primer lugar, que al ser nulo el primer plan, la sentencia judicial que había declarado esta nulidad tenía, valga la redundancia, carácter declarativo; esto es, la situación jurídica era la misma antes y después de la sentencia, por lo que el precepto que permite subsanar con efectos retroactivos los planes nulos se aplica igualmente cuando su nulidad todavía no ha sido declarada judicialmente que cuando ya lo ha sido. El segundo argumento es que no merece protección la confianza del ciudadano en que el plan no será subsanado y puesto en vigor de acuerdo con lo que dispone la ley. La primera razón que se esgrime no tiene aquí valor porque ya vimos que lo decisivo para determinar la licitud de la retroactividad es averiguar si la misma lesiona la confianza legítima de los afectados.

b) El «procedimiento complementario»

El parágrafo 215a.1 del Código Urbanístico vigente dispone que los vicios relevantes de las ordenanzas urbanísticas que pueden ser subsanados a través de un procedimiento complementario no determinan la nulidad de las mismas, si bien éstas no producen efectos jurídicos hasta que no tenga lugar la subsanación. Este precepto se completa con una modificación de la legislación procesal: el Tribunal que resuelva el recurso interpuesto contra la ordenanza declarará en estos casos que la misma es jurídicamente ineficaz

²⁵⁹ Vid. SCHMALZ, «Die rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebauungsplans», *DVBt*, 1981, pp. 328 y ss.

²⁶⁰ SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20.

²⁶¹ VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 32 y 33.

²⁶³ Vid. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen...», cit., § 8, m. 6.

²⁶⁴ Esto, que se deduce a *sensu contrario* del texto legal, es cuestión pacífica. Vid. DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 40; FINKELNBURG, «Rückwirkende...», cit., p. 310; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., p. 34.

²⁶⁴ SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 25.

²⁶⁵ SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20, que no argumenta esta tesis, y FINKELNBURG, «Rückwirkende...», cit., p. 309, que tampoco acaba de aportar argumentos convincentes. Admite implícitamente la retroactividad en este caso SCHMALZ, «Die rückwirkende...», cit., p. 333.

²⁶⁶ Vid. la S del BVerwG de 5-12-1986 (BVerwGE 75, pp. 262 y ss., aquí, p. 269); VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., p. 41.

²⁶⁷ Este A (BVerwGE 92, pp. 266 y ss.) admite, en virtud de lo dispuesto en el § 215.3 BauGB, que un plan adoptado el 28-3-1991, de contenido idéntico al de otro de 17-2-1989 anulado en 1990 por vicios de forma, entre en vigor el 17-2-1989. En el mismo sentido, DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 39; GASSNER, «Aktuelle...», cit., p. 37.

²⁶⁸ Vid. REDEKER, K., VON OERTZEN y REDEKER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., § 47, m. 45, que, sin embargo, afirman que otras normas reglamentarias distintas de los planes urbanísticos sólo pueden ser adoptadas con efectos *pro futuro*. No alcanzamos a comprender la justificación de esta supuesta especialidad de los planes urbanísticos. Recordemos que el BauGB otorga una facultad al Municipio que éste ya tenía por aplicación de las reglas constitucionales que rigen la retroactividad de cualquier norma jurídica. El BVerwG cita en su apoyo a SCHMALZ, *DVBt*, 1990, pp. 1119 y ss., y a KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1994, § 47, m. 71, pero estos autores no defienden la retroactividad del plan posterior, sino sólo la posibilidad de aprovechar los trámites no viciados del plan anulado para elaborar uno nuevo.

hasta la subsanación del vicio; esta resolución judicial tiene efectos generales y debe publicarse en los mismos términos que la sentencia que hubiere declarado la nulidad de la ordenanza²⁶⁹.

Resulta curioso que los Derechos español y alemán contemplen la misma figura desde dos perspectivas diferentes. El procedimiento de elaboración de una disposición administrativa se compone en ocasiones de dos grupos de trámites: algunos de los empleados para dictar una disposición anterior inválida, todavía aprovechables para emitir una nueva, y los que es necesario realizar por primera vez o repetir para completar un procedimiento ajustado a la ley. Pues bien, el Derecho español se refiere expresamente sólo a la primera parte de este procedimiento, la que resulta de la llamada «conservación de trámites»²⁷⁰, mientras que el Derecho alemán, a la segunda, la integrada por el «procedimiento complementario».

El Código Urbanístico de 1997 aporta una novedad al respecto: este procedimiento complementario puede ser utilizado para subsanar no sólo los vicios de forma o de procedimiento, sino también los de carácter «material»²⁷¹. Así lo indican claramente el tenor literal del vigente Código Urbanístico — que habla simplemente de vicios relevantes —, así como los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales del mismo.

Esta novedad tiene su origen mediato en una jurisprudencia producida en relación con ciertos planes distintos de los urbanísticos: los ciudadanos afectados por un plan cuyo contenido incurría en una omisión ilegal susceptible de ser subsanada sin poner en cuestión la concepción global que se expresaba en el mismo sólo podían pretender que se remediara la omisión, que se completara el plan, pero no su anulación²⁷²; éste seguía siendo, por tanto, jurídicamente eficaz, obligatorio. La reciente hornada de leyes de planeamiento recoge esta solución jurisprudencial y da un paso más al facultar a la Administración para que en estos casos proceda de oficio a la subsanación. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, por ejemplo, dice que «los vicios relevantes de la ponderación sólo determinan la anulación de la resolución que adopta el plan cuando no puedan ser subsanados, bien completando el plan, bien a través de un procedimiento complementario»²⁷³.

²⁶⁹ Vid. el art. 8 de la Ley de Modificación del BauGB y de Regulación del Derecho de la Ordenación del Territorio, de 18-8-1997 (BGBl I, p. 2111), que añade un párrafo al § 47.5 VwGO.

²⁷⁰ Vid. los arts. 64.1 y 66 LPC.

²⁷¹ S del BVerwG de 16-12-1999 (DVBl, 2000, p. 473). Como señala DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 33, esto antes no era posible.

²⁷² Vid. la S del BVerwG de 7-7-1978 (BVerwGE 56, pp. 110 y ss.); HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1409 y 1410; FRIESECKE, *Bundeswasserstraßengesetz*, 1994, p. 355.

²⁷³ Vid. el § 75.1a VwVfG, introducido por la «Ley de aceleración» de 12-9-1996 (BGBl I, pp. 1354 y ss.). En sentido similar, vid. el § 17.6c Ley Federal de Carreteras de 6-8-

El plan produce efectos jurídicos, pero el administrado puede pretender ante los Tribunales que sea completado, y la Administración puede subsanarlo a través de un procedimiento complementario.

Esta regulación ha sido recogida por el Código Urbanístico de 1997 con una importante diferencia. Como este Código excluye expresamente que pueda pretenderse adoptar, completar o derogar un plan urbanístico (apartados 3 y 4 del § 2), como no se puede obligar a la Administración a ello, se le otorga a ésta la posibilidad de completar o subsanar los planes urbanísticos, pero, mientras no tenga lugar la subsanación, éstos son jurídicamente ineficaces²⁷⁴.

Son subsanables a través de un procedimiento complementario tanto los defectos «formales», como los «materiales», categoría en la que se incluyen los relativos a la ponderación. HOPPE y HENKE señalan, no obstante, que deben excluirse de esta posibilidad los vicios que afectan a la «concepción global del planeamiento»²⁷⁵. Según el Tribunal Contencioso-administrativo Federal, no cabe la subsanación cuando el vicio «tiene tanto peso que afecta al núcleo de la decisión de la ponderación», a los «rasgos fundamentales» del planeamiento²⁷⁶.

Nosotros creemos que, en principio, pueden ser «corregidos» todos los vicios que padezca una norma jurídica. Lo que sucede es que la amplitud del procedimiento complementario variará según sea la ilegalidad que padezca la misma. El problema decisivo está en determinar cuáles de entre los trámites empleados en la elaboración de un reglamento inválido son todavía aprovechables para dictar uno nuevo válido. Sobre este extremo la ley guarda silencio y la doctrina alemana que por el momento se ha ocupado del tema no ofrece ningún criterio general que nos permita orientarnos con seguridad²⁷⁷.

Ahora que es posible «subsana» los vicios «materiales» se plantea, así mismo, el interrogante de si el nuevo plan puede tener carácter retroactivo. El Tribunal Contencioso-administrativo Federal²⁷⁸ y algunos autores consi-

1953, de acuerdo con su redacción de 19-4-1994 (BGBl I, pp. 854 y ss.) y el § 19.4 WaStrG, introducido por la Ley de Simplificación del Planeamiento de 17-12-1993 (BGBl I, pp. 2123).

²⁷⁴ Vid. HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., pp. 1410 y 1411. GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., pp. 268 y 269, ya defendía esta solución en 1993.

²⁷⁵ HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1412. En sentido similar, respecto de los planes regulados en la VwVfG, JARASS, «Aktuelle Probleme des Planfeststellungsrechts», DVBl, 1997, p. 802.

²⁷⁶ A de 10-11-1998 (DÖV, 1999, p. 340) y S de 8-10-1998 (DVBl, 1999, p. 244).

²⁷⁷ Vid. las casuísticas propuestas de HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1414, que únicamente ofrecen una regla general: «Sólo lo que es necesario para la subsanación del vicio debe ser tratado y ponderado en el procedimiento complementario».

²⁷⁸ Apud DOLDE y MENKE, «Das Recht der Bauleitplanung 1996 bis 1998», NJW, 1999, p. 1081.

deran que no²⁷⁹, que tales ilegalidades sólo pueden ser subsanadas con efectos *pro futuro*.

6. LOS RESTOS DEL DOGMA DE LA NULIDAD. LOS VICIOS ABSOLUTAMENTE RELEVANTES

Descritas las correcciones legislativas del dogma de la nulidad, resta por ver qué es lo que ha quedado del mismo.

Nadie discute que el plan urbanístico cuyo contenido contradice una norma jurídica de superior jerarquía es nulo. Únicamente se suscita la polémica cuestión de la relevancia temporalmente limitada de los vicios del resultado de la ponderación, que, como ya se dijo, afectan al contenido del plan.

Determinados vicios de procedimiento y de forma son «siempre relevantes»²⁸⁰, «absolutos»²⁸¹. Debido a su gravedad, dichas ilegalidades determinan perpetuamente y sin necesidad de «amonestación» alguna la ineficacia jurídica, la nulidad, del plan que las sufre²⁸², si bien pueden ser subsanadas²⁸³. De acuerdo con el parágrafo 214.1.3 del Código Urbanístico, concurre una de estas ilegalidades:

En primer lugar, cuando el Municipio no ha adoptado un acuerdo sobre el correspondiente plan urbanístico; dicho con otras palabras, cuando el Municipio no ha declarado su voluntad de adoptar el plan²⁸⁴.

En segundo lugar, cuando el plan no ha sido aprobado por la autoridad administrativa de ámbito territorial superior al municipal. Hay que tener en cuenta que el cumplimiento de este requisito es relativamente fácil de verificar por los ciudadanos, ya que la emisión de dicha aprobación debe ser publicada²⁸⁵.

La enumeración legal se cierra con los defectos que afectan, precisamente, a la publicación. En el Derecho alemán, no es obligado publicar la totalidad del contenido de los planes urbanísticos, sino que basta con que se indique a

²⁷⁹ Vid. HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1413; STÜER, «Städtdaurecht...», cit., p. 1204.

²⁸⁰ LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 215, m. 22.

²⁸¹ BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., § 214, m. 9; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 26; SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 24.

²⁸² BATTIS, *Baugesetzbuch*, cit., § 214, m. 9; DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 26; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 22; SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 7.

²⁸³ Vid. el § 215a.2 BauGB, en relación con el § 214.1.3 BauGB.

²⁸⁴ Vid. GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 260.

²⁸⁵ Vid. los §§ 6.5 y 10.3 BauGB. Como señala DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 30, no se publica el plan, sino su aprobación.

los ciudadanos dónde pueden éstos examinar un concreto y determinado plan²⁸⁶. El Código Urbanístico dispone que se produce uno de estos vicios cuando no se ha logrado la finalidad indicativa que se perseguía con la «publicación»²⁸⁷.

Aunque no los mencione dicho Código, también los de incompetencia dan lugar a la ineficacia jurídica absoluta del plan que los sufre²⁸⁸. En realidad, la falta de acuerdo municipal adoptando el plan y la no aprobación de éste por la autoridad correspondiente constituyen vicios de incompetencia. La incompetencia consiste en que ciertos efectos jurídicos —aquí, un plan urbanístico— son establecidos por un sujeto distinto de aquel que tiene el poder otorgado por el Derecho de crearlos a través de sus declaraciones de voluntad. En los dos casos mencionados anteriormente falta una de las declaraciones sin cuyo concurso no nacen válidamente dichos efectos.

7. RECAPITULACIÓN

Hemos hablado de rupturas y de quiebras del dogma de la nulidad. Y es que no es posible sostener hoy en día que todas las ilegalidades de las normas jurídicas, por lo menos las de las ordenanzas locales, son sancionadas con la nulidad de pleno derecho. La vieja teoría ha sido desmentida.

Éste es un modo de ver las cosas, desde luego, pero cabe otra interpretación. El mencionado dogma nació en atención a los vicios de contenido, de incompetencia y de forma externa. Pues bien, lo que en la actualidad queda del mismo coincide con lo que originariamente era. Las normas jurídicas de contenido ilegal, dictadas por un sujeto incompetente o defectuosamente publicadas siguen siendo nulas. Bien mirado, la que ha resultado ser incorrecta no es la tradicional regla sino la prematura e imprudente extensión de su ámbito de aplicación a cualquier ilegalidad que pudiese padecer una norma jurídica, fundamentalmente a los vicios de procedimiento. Cuando comiencen a abundar las disposiciones viciadas en su procedimiento se apreciará lo insatisfactorio de sancionarlas siempre con su nulidad, y el legislador reaccionará con mayor o menor acierto para dar respuesta al nuevo problema.

Esta evolución resulta similar a la acaecida en España. El dogma de la nulidad queda fijado en nuestras leyes antes de que se haya contrastado su

²⁸⁶ Vid. los §§ 6.5 y 10.3 BauGB.

²⁸⁷ Vid. el § 214.1.3 BauGB. Sobre los requisitos que ha reunir la publicación para entender que su finalidad ha sido alcanzada, vid. LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 27.

²⁸⁸ A del BVerwG de 18-12-1991 (NVwZ, 1992, pp. 882 y 883); DÜRR, *Baugesetzbuch...*, cit., § 214, m. 27; GAENTZSCH, «Rechtsfolgen...», cit., p. 260; HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 80.

viabilidad en relación con los vicios de procedimiento. Cuando comiencen a ser frecuentes los reglamentos elaborados con tales defectos, la jurisprudencia se apartará del tenor literal de la ley para atender las exigencias de ciertos principios jurídicos.

El legislador alemán ha ensayado diversas soluciones para hacer frente a estos problemas. Básicamente, dispone que ciertos vicios de procedimiento de las ordenanzas producen su invalidez perpetua, otros su invalidez temporal y un tercer grupo no menoscaba la validez de las mismas. Además, se establece que todas esas ilegalidades pueden ser subsanadas. Salta a la vista que esta regulación guarda en líneas generales una gran similitud con la contemplada en los artículos 62-67 de nuestra LPC para los actos administrativos, y que la jurisprudencia española aplica con ciertos matices a los reglamentos. Y es que las necesidades a las que responde el régimen jurídico de la invalidez de estas normas son parecidas en ambos países. Resultaría ingenuo pensar que las reformas legislativas descritas obedecen exclusivamente al espíritu propio y particular del Derecho administrativo alemán, caracterizado por su «obsesión por la eficacia»²⁸⁹, y que la «relativización» jurisprudencial de los vicios de procedimiento de los reglamentos se debe únicamente al capricho de los magistrados españoles.

Hemos comprobado, no obstante, que las concretas disposiciones adoptadas por el legislador alemán adolecen de diversos defectos, que no siempre resuelven satisfactoriamente las cuestiones planteadas. Podemos decir que resulta de mayor interés el estudio del problema que la concreta técnica legislativa utilizada para intentar solucionarlo.

Algo semejante cabe decir de la abundante doctrina que se ha ocupado del tema. Lastrada por el dogma de la nulidad y por la concepción tradicional de las categorías de la nulidad y de la anulabilidad, encuentra grandes dificultades para dar cumplida cuenta de la invalidez de los reglamentos. En cualquier caso, ofrece concretas tesis, puntos de vista y argumentos de gran utilidad para resolver algunas cuestiones que suscita nuestro Derecho.

²⁸⁹ Ésta era la consecuencia principal de la concepción alemana de la Administración, según NIETO GARCÍA, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *RAP*, 32, 1960, p. 77.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS REGLAMENTOS

1. EL REGLAMENTO COMO ACTO JURÍDICO

Las disposiciones reglamentarias son actos jurídicos. En concreto, se trata de declaraciones de voluntad que establecen efectos jurídicos. Cuando se habla de las leyes o de los reglamentos, suele decirse que son normas jurídicas y es corriente que se las estudie entre las fuentes del Derecho y, en el caso de los reglamentos, no al hablar de la actividad administrativa¹. Con ello se pierde de vista la circunstancia de que tanto las leyes como las disposiciones reglamentarias son actos jurídicos².

Dos son los elementos componentes de toda disposición reglamentaria: el primero, la manifestación de voluntad, el acto que quiere y crea ciertos efectos jurídicos; el segundo serían precisamente estos efectos jurídicos o, lo que es lo mismo, el contenido de la disposición³. De un lado tenemos lo que Kelsen llama la «norma jurídica» —lo que en este trabajo denominamos contenido de la disposición o sus efectos jurídicos⁴—, que consiste en un deber. La norma alude a que un hombre debe comportarse de cierta manera. La norma ordena, permite, autoriza o prohíbe una conducta. Otra cosa es el acto de voluntad que pone esa norma, la declaración de voluntad que establece esos efectos jurídicos. La norma jurídica pertenece al mundo del deber, el acto de voluntad, al de los hechos, del ser⁵.

Una parte importante de la doctrina española, por influencia de la italiana, considera que los actos administrativos [singulares] pueden consistir en una declaración de deseo, conocimiento o juicio⁶. Esta tesis es discutible⁷. En

¹ Vid., entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 173 y ss. y 533 y ss.; MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, 1999, t. I, pp. 101 y ss., y t. II, pp. 207 y ss.

² Así lo estima BOQUERA OLIVER, «La aproximación...», pp. 259 y 260. Díez-PICAZO, L. M.³, *La derogación de las leyes*, 1990, pp. 107, n. 2, pp. 144, 149, 150, 308, advierte repetidamente que la ley es un acto jurídico. Respecto de los reglamentos, ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 174 y 175.

³ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 457.

⁴ Díez-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 346, dice que el contenido de la ley es la norma jurídica. WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 24, m. 10, consideran que la norma es el «contenido imperativo que una proposición jurídica expresa».

⁵ Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 17 y ss.

⁶ Vid. la definición de acto administrativo de ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, 1945, t. I, p. 223, asumida sustancialmente, entre otros, por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 534 y ss.; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., pp. 414; MORELL OCAÑA, *Curso...*, t. II, p. 207; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 706.

cualquier caso, no hay duda de que las normas reglamentarias sólo pueden establecerse mediante declaraciones de voluntad⁸. No conocemos ningún reglamento que consista en una manifestación de deseo, conocimiento o juicio.

La declaración de voluntad puede, a su vez, ser descompuesta en otros elementos. La doctrina española no se pone de acuerdo a la hora de enumerarlos, aunque muchas de las discrepancias son sólo terminológicas⁹. BOQUERA OLIVER habla de la causa [motivos], la voluntad —que en el Derecho administrativo debe prepararse y, a veces, formarse a través de un determinado procedimiento—, el fin y la forma del acto¹⁰. A estos elementos habría que añadir el elemento subjetivo¹¹. Las declaraciones de voluntad tienen fin, forma, etc., pero también autor.

2. EL REGLAMENTO COMO ACTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Las disposiciones reglamentarias pertenecen a la categoría de los actos jurídico-públicos, lo mismo que las leyes¹² o los actos administrativos¹³. Todos

⁷ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 327; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 410 y ss.; NIETO GARCÍA, «Las consultas a la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente», *REDA*, 8, 1976, pp. 137-145; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho administrativo*, 1999, t. II, p. 63. En la tesis criticada está presente la preocupación de asegurar la tutela judicial de los afectados por estas declaraciones de juicio, conocimiento o deseo, pues en España, tradicionalmente, era necesario para acudir al contencioso-administrativo que la Administración hubiese dictado previamente un acto administrativo. En Alemania, la doctrina considera unánimemente que el acto administrativo sólo puede consistir en una declaración de voluntad; vid. ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», cit., § 12, m. 22; FABER, Heiko, *Verwaltungsrecht*, 1995, p. 175; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 45, m. 42 y 51. Señala MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 9, m. 38, que cuando era necesaria la existencia de un acto administrativo previo para obtener la tutela de los Tribunales, por razones de protección jurídica de los ciudadanos se incluían en el concepto de acto administrativo figuras que no tenían este carácter.

⁸ Según MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., un acto administrativo puede consistir en declaraciones de deseo, conocimiento o juicio (t. II, pp. 207 y 214 y ss.), mientras que el reglamento es una declaración de voluntad (t. I, p. 104).

⁹ Así lo advierten ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 184 y 185; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 451.

¹⁰ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 345 y ss.

¹¹ Vid., entre otros, ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 185 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 539 y ss.; GARCÍA-TREVÍJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 116; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 451 y ss.; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, pp. 209 y ss.

¹² Díez-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 150.

¹³ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 73 y ss. y 323.

ellos crean unilateralmente e imponen efectos jurídicos a personas distintas de las que han emanado el correspondiente acto¹⁴.

Los reglamentos pertenecen a una clase de actos jurídico-públicos: los jurídico-administrativos. Algunos autores estiman que se podría hablar del acto administrativo en un sentido amplio, que englobase también al reglamento, como «todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho administrativo», pero rechazan este concepto amplio por su inutilidad, ya que reglamento y acto administrativo son «figuras radicalmente diferentes e irreductibles»¹⁵, en definitiva, porque el régimen jurídico de las disposiciones reglamentarias difiere del de los actos administrativos¹⁶.

Ciertamente, un concepto jurídico sólo tiene utilidad si las distintas y concretas realidades que comprende están sometidas a un régimen jurídico común¹⁷, pero ello no quiere decir que el régimen de cada una de estas realidades deba ser idéntico. En realidad, sólo «eliminando notas distintivas particulares pueden ser formados conceptos de mayor grado de abstracción, bajo los cuales pueden subsumirse todos los a ellos subordinados»¹⁸. Por eso mismo, aquel concepto amplio de acto administrativo es perfectamente compatible con la circunstancia de que el régimen jurídico de las figuras más concretas que comprende —acto singular y reglamento— sea distinto. De hecho, si no existieran esas diferencias, sobrarían los conceptos de acto

¹⁴ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 64 y 73 y ss. Según Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 286, en el caso del negocio jurídico, acto típico de Derecho privado, «los sujetos obligados participan en la producción de la norma que los obliga», mientras que en el caso de la orden administrativa, típico ejemplo de acto jurídico-público, «el sujeto obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que lo obliga». ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1986, pp. 397 y ss., señala que «las consecuencias jurídicas que produce [tanto el acto administrativo como el reglamento] descansan en la voluntad unilateral de la Administración».

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 178 y ss. y 533.

¹⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 397 y 398. En sentido similar, entre otros, EMBID IRUJO, *Ordenanzas...*, cit., pp. 662 y 663; GARCÍA-TREVÍJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., pp. 27 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., p. 390, n. 10; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 397 y 398; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 720. A veces, se ven diferencias donde a nuestro juicio no las hay, como cuando se dice que los principios particulares de los actos singulares son los de «competencia, procedimiento y adecuación teleológica» recogidos en el art. 53 LPC (DORREGO DE CARLOS y GUTIÉRREZ VICÉN, «Disposiciones...», cit., p. 412).

¹⁷ En sentido similar, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. Rodríguez Molinero), 1994, pp. 440 y ss.

¹⁸ Ibidem, p. 440.

¹⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, 1996, pp. 69 y ss.; BOQUERA OLIVER, *Poder administrativo y contrato*, 1970, pp. 69 y ss., esp. 101 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 665 y ss.

singular y de reglamento. La circunstancia de que el reglamento siga un régimen distinto al del acto administrativo singular sólo quiere decir que el reglamento no puede ser considerado un acto administrativo singular, pero ello no quita que sea posible formular un concepto que los englobe a los dos. Algo parecido sucede con los contratos en los que es parte una Administración y los que celebran los particulares entre sí, puesto que, aunque sometidos a reglas jurídicas distintas, en ambos casos puede decirse que se trata de auténticos contratos¹⁹. Recordemos, también, que la circunstancia de que exista una «identidad ontológica» entre las sanciones penales y las administrativas, no quiere decir que ambas estén sometidas a idéntico régimen jurídico, sino, únicamente, que existen unos pocos principios y reglas comunes a estas dos manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, principios y reglas que, por haber sido elaborados en el seno del Derecho penal, deben ser matizados y adaptados a las peculiaridades del Derecho administrativo sancionador²⁰.

Será aceptable, pues, hablar de acto administrativo jurídico-administrativo en este sentido amplio si hay un conjunto de reglas jurídicas aplicables a todos los actos que este concepto designa y sólo a los mismos. La utilidad de ese concepto será mayor o menor según sea más o menos extenso aquel conjunto.

No cabe duda de que en el Derecho español existen reglas aplicables tanto a los reglamentos como a los actos singulares, y ello aunque el tenor literal de estas reglas se refiera únicamente a los «actos». Así, y sin ánimo de exhaustividad, cabe citar: las que regulan su retroactividad²¹, la invalidez de parte de su contenido²², su conversión²³, la conservación de trámites²⁴, los mandatos de que su contenido sea congruente y adecuado a los fines que les marca el ordenamiento jurídico²⁵ y que se dicten por el órgano competente

²⁰ Vid. NIETO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 84 y ss. y 148 y ss. y 190; CID MOLINÉ, «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas», *RAP*, 140, 1996, pp. 131-172.

²¹ Según GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. I, p. 1088, el art. 57 LPC debe aplicarse a los reglamentos, «que son también actos de la Administración, siquiera sean normativos. En este sentido, en relación con el art. 45.3 LPA, DE LA VALLINA VELARDE, *La retroactividad del acto administrativo*, 1964, p. 13; GONZÁLEZ SALINAS, J., «Notas sobre alguno de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo», *RAP*, 121, 1990, p. 172. En contra, LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, 1982, pp. 233 y 246 y ss.

²² Vid. *infra*, VIII.

²³ Vid. *infra*, XI.

²⁴ Vid. *infra*, X.3.G).a).

²⁵ Vid. los arts. 53.2 LPC, 84.2 LBRL y 6.1 RSCL. Sobre la aplicación a los reglamentos de las reglas contenidos en estos preceptos, vid. DE LA CRUZ FERRER, «Nulidad...», cit., p. 609.

ajustándose al procedimiento establecido²⁶; la prohibición de incurrir en desviación de poder²⁷. También existen algunas normas y principios de procedimiento comunes²⁸. Así, el deber que se impone a ciertas personas de abstenerse de participar en el procedimiento de elaboración del acto en cuestión²⁹, las normas relativas a la emisión de informes³⁰, a la información pública³¹ y al principio de celeridad³². Hay quien estima que los reglamentos deben motivarse porque, aunque «el reglamento es una norma», el acto que aprueba esa norma es un «acto administrativo...», sobre el que pesa la obligación de motivar³³. También se ha defendido que, al igual que sucede con los actos singulares, la comunicación de las disposiciones reglamentarias a sus destinatarios debería contener una indicación acerca de los recursos procedentes contra las mismas³⁴. En realidad, muchos de estos principios y reglas no son propios y específicos de los actos administrativos, sino que también alcanzan a otros actos jurídicos —v. gr., la interdicción de la arbitrariedad—, aunque su estudio dogmático haya tenido lugar principalmente en el seno de alguna concreta disciplina jurídica. En este sentido, por ejemplo, varios autores han puesto de relieve la similitud de los principios a los que obedece la regulación de los vicios de procedimiento en distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente, del Derecho público³⁵.

²⁶ Vid. el art. 53.1 LPC.

²⁷ Como dice CHINCHILLA, *La desviación de poder*, 1999, p. 106, n. 106, «el concepto de actuación administrativa [empleado en el art. 106.1 CE] comprende tanto a los actos como a los reglamentos».

²⁸ LAVILLA RUBIRA, «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno», *Justicia Administrativa*, 1, 1998, p. 9, considera que el Título VI de la LPC, en el que se establecen las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, es supletoriamente aplicable al ejercicio por el Gobierno de su potestad reglamentaria. HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 452, estima que el procedimiento para elaborar normas reglamentarias es de acuerdo con su naturaleza jurídica, y a pesar del tenor literal de los §§ 9 y 35 VwVfG, un procedimiento administrativo, por lo que le serían aplicables los principios generales del mismo.

²⁹ Vid. los arts. 28 y 29 LPC.

³⁰ Vid. los arts. 82 y 83 LPC.

³¹ Vid. el art. 86 LPC.

³² Vid. el art. 75 LPC.

³³ BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 266 y 269 y ss., en relación con el art. 54 LPC, que habla de «actos».

³⁴ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 487 y 488.

³⁵ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 75 y ss.; HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 20 y ss. Antes de la promulgación de la VwVfG, PAPIER, *Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt*, 1973, proponía aplicar a los actos administrativos y a las leyes los principios que inspiraban la regulación legislativa de los vicios de procedimiento de los actos procesales, y llegaba a conclusiones semejantes a las de BELADIEZ ROJO. BIGLINO CAMPOS, al tratar *Los vicios del procedimiento legislativo*, 1991, p. 120, sostiene que

Otras reglas, en cambio, son aplicables a los actos administrativos singulares y reglamentos, y sólo a ellos. Lo que distingue a éstos respecto de otros actos jurídico-públicos es la fragilidad de los efectos jurídicos que unilateralmente crean³⁶. Hay que tener en cuenta que ambos son producto de la misma organización, la Administración, que no goza de la legitimidad democrática de las Cortes Generales³⁷ ni de la independencia de los órganos jurisdiccionales³⁸, y que el procedimiento administrativo no ofrece la transparencia, publicidad y pluralidad del debate que tiene lugar en el procedimiento legislativo³⁹, ni las garantías de acierto que proporciona el proceso. Por estas razones, el poder administrativo es el más limitado de los poderes públicos y las posibilidades de discutir la validez de los actos jurídico-administrativos son mucho mayores —máximas— que en el caso de las leyes o en el de las sentencias firmes. Por ello, reglamentos y actos administrativos singulares están radicalmente sometidos al control de los Tribunales⁴⁰.

Encuadrar al reglamento dentro de los actos jurídico-administrativos creemos que sí tiene alguna utilidad. Algunas muestras: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ —enemigos de este concepto amplio— señalan que, «como todos los productos administrativos, el reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el juez»⁴¹. Estos autores reconocen, así mismo, que el hecho de que «tanto el acto administrativo como el reglamento son producto de la voluntad administrativa, que es una voluntad subordinada y secundaria en todo caso» permitió en su momento «extender a las disposiciones reglamentarias la prohibición de retroactividad

«el único camino posible es aplicar al Derecho constitucional los principios básicos del procedimiento elaborados dentro del Derecho público», esto es, administrativo y procesal.

³⁶ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 74 y ss.

³⁷ Vid. el art. 66 CE. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 1996, pp. 50 y ss., 102 y 103, sostiene que la representación del Pueblo es monopolio de las Cámaras legislativas, de ahí el valor «superior» e «irresistible» de la Ley frente a los demás actos del Estado.

³⁸ Vid. el art. 117.1 CE.

³⁹ Según DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 106, la ley ocupa en nuestro Derecho una posición central porque es obra de las Cortes, que representan al pueblo español, y porque se elabora a través de un procedimiento basado en la discusión y en la publicidad.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 239 y 414, ve el régimen jurídico común a reglamentos y actos singulares en la sujeción al principio de legalidad y en la posibilidad de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer efectiva esa sujeción. En sentido similar LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 547.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 174.

⁴² *Ibidem*, p. 82.

de los actos desfavorables contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo⁴². La tesis dominante en la doctrina española según la cual los Tribunales ordinarios pueden enjuiciar e inaplicar los decretos legislativos en cuanto excedan de la correspondiente ley de delegación⁴³ se fundamenta, en última instancia, en que un decreto legislativo, al igual que toda norma jurídica escrita dictada por la Administración⁴⁴, no es otra cosa que un reglamento⁴⁵. Nuestros Tribunales estimaron que cabía impugnar las disposiciones generales de conformidad con las reglas establecidas por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, pese a que su artículo 6º.1 decía que el recurso procedía «contra los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo» y no mencionaba a dichas disposiciones⁴⁶.

3. EL REGLAMENTO COMO NORMA JURÍDICA. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS NO NORMATIVOS

El siguiente paso consiste en precisar en qué se diferencian las disposiciones reglamentarias y los actos administrativos singulares. La mayoría de la doctrina española sostiene que lo que distingue a los reglamentos de otros actos jurídicos de la Administración es su carácter normativo; los reglamentos son normas jurídicas⁴⁷. Habrá que ver, pues, cuándo un acto tiene carácter normativo y cuándo no. Al respecto se han propuesto diversos criterios.

A) La denominación, la forma, el procedimiento de elaboración, la finalidad del acto y el carácter innovador del ordenamiento jurídico

Estos criterios nos parecen inservibles para resolver el problema. El primero cae por su propio peso desde que se tiene en cuenta que en nuestro

⁴³ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 79 y ss.

⁴⁴ Así definen al reglamento GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 173.

⁴⁵ Así lo advierte DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 184 y 190 y ss.

⁴⁶ Vid. la STC 31/1984, de 7 de marzo (FJ 4).

⁴⁷ Vid., entre otros, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 117; COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., pp. 115 y 116; EMBID IRUJO, «Potestad...», cit., p. 87 y 88; ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 116 y ss. y 175; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 239 y 414; GONZÁLEZ SALINAS, J., «Notas...», cit., p. 159; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 102 y 103; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 719 y ss. En cambio, DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 69 y ss., partiendo de la concepción «kelseniana» de norma, estima que tanto los actos generales como los individuales crean normas jurídicas.

Derecho la denominación de los actos jurídicos emanados por la Administración normalmente no tiene que ver con la clase de acto de que se trate sino con el órgano que los dicta. Los Reales Decretos son emanados por el Consejo de Ministros o por el Presidente del Gobierno, mientras que las Órdenes Ministeriales se dictan por los Ministros (art. 25 LG), pero tanto un Real Decreto como una Orden Ministerial puede consistir en un reglamento o en un acto administrativo singular⁴⁸. Aun en el caso de que nuestro Derecho prescribiese una cierta denominación para cada tipo de acto jurídico, seguiría siendo inservible este criterio, porque para saber qué denominación le corresponde a cada acto primero hay que saber de qué tipo de acto se trata. La denominación de un acto puede ser consecuencia de su naturaleza jurídica, pero no viceversa. «Las normas [lo mismo que los actos] son lo que son, y no lo que se denominan por sus autores»⁴⁹. Admitir que la inclusión de un acto en la categoría de las resoluciones singulares o de los reglamentos, y, por lo tanto, el régimen jurídico —constituido en su mayoría por normas imperativas— asociado a cada una de estas categorías, dependen del nombre que la Administración le ponga al acto es tanto como dejar a merced de ésta la elección de un régimen u otro, lo que resulta intolerable⁵⁰.

Similares consideraciones pueden hacerse en relación con los criterios de la forma y del procedimiento de elaboración del acto⁵¹. El que nuestro Derecho prescriba una determinada forma para las normas jurídicas —su publicación en un diario oficial— o una serie de trámites para elaborar reglamentos, no dice nada a favor de estos dos criterios. La Administración necesita saber antes de publicar una norma o de iniciar el procedimiento para confeccionarla si efectivamente se trata de una norma o no. Además, y dejando aparte el que no todas las normas jurídicas que dicta la Administración deben elaborarse siempre a través del «procedimiento de elaboración de disposiciones generales»⁵² y el problema de si todas las disposiciones administrativas deben, o no, publicarse⁵³, también una resolución singular puede aparecer en

⁴⁸ Esto ya lo advertía POSADA, «Real Decreto», *EJE*, 1917, t. XXVI, pp. 580-582 y «Real Orden», *EJE*, 1917, t. XXVI, p. 586.

⁴⁹ STS de 20-1-1992 (Ar. 740), que anula una «circular interna» que regulaba una materia reservada a la ley. Así, la STS de 24-11-1999 (Ar. 8239) dice que cierto acto «no constituye una disposición general, no obstante su denominación y publicación como tal, atendido su contenido».

⁵⁰ En sentido similar, *vid.* la STS de 10-3-1993 (Ar. 1933); VON MUTIUS, «Rechtsnorm und Verwaltungsakt», *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H. J. Wolff*, 1973, pp. 183 y 184.

⁵¹ EMBID IRUJO, «Potestad...», cit., p. 88, considera que una de las notas que definen a la potestad reglamentaria es «su ejercicio mediante un procedimiento específico».

⁵² *Vid. infra*, VII.A).a).

⁵³ La STS de 9-4-1992 (Ar. 3008) dice que cierta norma reguladora de los intercambios de tonelaje entre petroleros españoles y extranjeros no pierde «su eficacia por el mero

un diario oficial⁵⁴ o dictarse siguiendo los mismos trámites previstos para éstas.

Se ha visto alguna vez la diferencia en que «las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran con mayor o menor rango en el ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos siempre persiguen una finalidad particularizada»⁵⁵. Este criterio teleológico tampoco resulta válido, al menos porque no explica cuándo una finalidad es normativa o particularizada. Para saberlo tendríamos que acudir, a su vez, a otros criterios.

Hay quien dice que lo que distingue a las normas reglamentarias de los actos administrativos singulares, es que las primeras, a diferencia de los segundos, innovan el ordenamiento jurídico⁵⁶. Esta tesis también incurre en una tautología, porque, si por ordenamiento jurídico hay que entender un determinado conjunto o sistema normativo, va de suyo que cuando se dicta una norma nueva se innova el conjunto de normas, lo mismo que cuando se dicta un acto singular se innova el conjunto de actos singulares. Este criterio debería completarse con otros que nos digan cuándo se innova dicho ordenamiento⁵⁷. Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ acuden al de la no consunción⁵⁸, del que luego se hablará.

B) El criterio del contenido del acto

La jurisprudencia ha repetido en multitud de ocasiones que para distinguir entre disposiciones generales y actos singulares hay que estar al contenido de los mismos⁵⁹ y tampoco han faltado autores que se han pronunciado en este sentido⁶⁰. Bien mirado, esto es tanto como decir que las

hecho de no haber sido publicada en el BOE,..., pues al tratarse de un número reducido y conocido de destinatarios de dicha circular,..., el conocimiento personal del contenido de dicha circular suple con creces la ausencia de publicación en los periódicos oficiales».

⁵⁴ Así lo prevén los arts. 59.5 y 60.1 LPC.

⁵⁵ SSTs de 20-5-1981 (Ar. 2109), 21-3-1986 (Ar. 2321) y 24-10-1989 (Ar. 7490), que, no obstante, combinan este criterio con otros; LEGUINA VILLA, «Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones generales», *RAP*, 49, 1966, pp. 214 y 215. Una crítica al mismo en MEILÁN GIL, *La distinción entre norma y acto administrativo*, 1967, pp. 21 y 22.

⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, MEILÁN GIL, *La distinción...*, cit., pp. 36 y ss.

⁵⁷ Así lo advierte LEGUINA VILLA, «Legitimación...», cit., p. 216.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 179 y ss.

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, las SSTs de 21-3-1986 (Ar. 2321) y 15-10-1988 (Ar. 8013).

⁶⁰ DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 215; VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, 1968, p. 421, aunque añade a los destinatarios; VON MUTIUS, «Rechtsnorm...», cit., pp. 184 y ss.; SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht...*, cit., pp. 71 y 264.

disposiciones generales se diferencian conceptualmente de los actos administrativos singulares exclusivamente por su contenido⁶¹. Si un acto jurídico se descompone en una manifestación de voluntad y los efectos jurídicos, la regulación, que esa voluntad establece, resulta que lo que diferencia a los reglamentos de los actos singulares es únicamente el segundo elemento, siendo imposible conceptualmente distinguirlos por lo que se refiere al primero. Pensemos en que es perfectamente posible que un mismo acto de voluntad contenga normas generales y abstractas así como mandatos singulares. Así, en la práctica del siglo XIX era frecuente la «generalización de actos individuales»: la Administración aprovechaba la ocasión que le brindaba la resolución de un asunto concreto para extender la solución adoptada a cualesquiera otros casos análogos que en el futuro se plantearan; la resolución solía contener dos pronunciamientos, uno individual y concreto, el otro general y abstracto⁶². Otro ejemplo: la Ley Orgánica del Estado, además de contener regulaciones que nadie dudaría en calificar de normas jurídicas, establecía en su disposición transitoria primera que «la Jefatura Nacional del Movimiento corresponde con carácter vitalicio a Francisco Franco»⁶³.

El que reglamentos y actos administrativos singulares sólo se distinguen conceptualmente por la regulación que contienen resulta de interés para el objeto de nuestro trabajo. En ello se basan algunos autores para justificar que a los reglamentos se les aplican las mismas reglas establecidas por el legislador para los actos singulares cuando se trata de determinar las consecuencias que tienen los vicios que no afectan a su contenido⁶⁴. A primera vista, este razonamiento parece lógico. No obstante, debemos huir de conclusiones precipitadas, ya que muchas veces el régimen jurídico de, por ejemplo, el procedimiento o la forma de un acto está en función de su contenido. Así, el procedimiento administrativo que debe seguirse para sancionar a un ciudadano difiere del que hay que observar para dictar un reglamento ejecutivo de una ley, y los actos que contienen derechos y obligaciones para una pluralidad indeterminada de ciudadanos deben ser publicados, mientras que los que tienen como destinatario a una única persona no necesitan en

⁶¹ Así, VOLKMAR, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung*, 1962, p. 55.

⁶² Vid. NIETO GARCÍA, *Estudios...*, cit., p. 185, y el caso enjuiciado por la STS de 18-2-1908 (JCA 77, 55).

⁶³ Tomamos el ejemplo de MONTORO BALLESTEROS, «Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, t. II, p. 24. Otros ejemplos en MEILÁN GIL, *La distinción...*, cit., p. 43.

⁶⁴ Vid. *supra*, II.4.C).b).

principio serlo⁶⁵. No hay que descartar, pues, que, en virtud del específico contenido que les es propio, las normas reglamentarias viciadas de incompetencia o en sus motivos, voluntad, procedimiento, forma o fin sigan un régimen distinto al de los actos singulares que padecen esas mismas ilegalidades. Hecha esta observación, pasamos a estudiar en qué se diferencian el contenido de una disposición reglamentaria y el de un acto singular.

a) Teoría de la generalidad

BOQUERA OLIVER defiende que los reglamentos se diferencian de los actos administrativos singulares porque los primeros imponen efectos jurídicos a una pluralidad indeterminada de personas, mientras que los segundos tienen por destinatario a un sujeto o sujetos determinados⁶⁶. Precisar en qué supuestos un acto crea efectos jurídicos para una pluralidad indeterminada de destinatarios no es cuestión exenta de problemas⁶⁷. VOLKMAR estima que esto acontece cuando el número de los sujetos a los que se dirige el acto es objetivamente indeterminado, «cuando después de su emisión o entrada en vigor todavía nuevas personas pueden ser alcanzadas concretamente por el deber constituido por aquél»⁶⁸. En cambio, JAAG entiende que un mandato es general cuando, en el momento en el que se dicta, la identidad de sus destinatarios no está determinada⁶⁹. En cualquier caso, la generalidad no viene dada por referirse el acto a una clase o categoría abstracta de sujetos. Así, por ejemplo, el que otorga una subvención a todos los colombianos que hasta la fecha hayan ganado el Premio Nobel de Literatura no es general⁷⁰.

Pero el principal obstáculo con el que tropieza la tesis de la generalidad es que hay actos administrativos que crean efectos jurídicos para una pluralidad indeterminada de personas y que, según nuestra jurisprudencia, deben ser

⁶⁵ Vid. los arts. 59.5 y 60 LPC.

⁶⁶ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 81. En Alemania, VON MUTIUS, «Rechtsnorm...», cit., pp. 199 y ss., aunque no aplica este criterio a las regulaciones que determinan la cualidad jurídico-administrativa de una cosa (pp. 207 y ss.). Para GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 424 y 425, la generalidad de los reglamentos es lo que les distingue de los actos concretos, pero este autor llama generalidad a la «pluralidad abstracta de los supuestos previstos en la norma», idea que la mayoría de la doctrina expresa con el término «abstracción».

⁶⁷ Las dificultades comienzan al intentar precisar quién es destinatario de una regulación jurídica. Al respecto, vid. ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, (trads. Sentís Melendo y Ayerra Redín), 1964, pp. 239 y ss.

⁶⁸ VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., p. 62; al que sigue VON MUTIUS, «Rechtsnorm...», cit., p. 196.

⁶⁹ JAAG, *Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt*, 1985, pp. 52 y ss.

⁷⁰ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 726; JAAG, *Die Abgrenzung...*, cit., p. 113, habla de actos singulares camuflados.

tratados como actos singulares y no como reglamentos. Así, por ejemplo, las bases de un concurso o de una oposición son consideradas como un «acto de destinatarios múltiples sin carácter normativo», lo que conlleva que no puedan ser inaplicadas. La falta de impugnación de unas bases ilegales dentro del correspondiente plazo de dos meses contados desde su publicación determina su firmeza y convalidación⁷¹. En ese caso, los Tribunales que enjuicien la conformidad a Derecho de los actos que resuelven la oposición no podrán dejar de aplicar dichas bases, aunque sean ilegales. Si la ley establece que debe preferirse al opositor que demuestre tener mejores conocimientos jurídicos y las bases dicen que al que más idiomas domine, deberá atenderse a esto último. Dicho con palabras del Tribunal Supremo, los actos no normativos dirigidos a una pluralidad de destinatarios no pueden ser impugnados indirectamente⁷². Sin embargo, tanto este Tribunal como el Constitucional han declarado que esta regla tiene algunas excepciones⁷³; el régimen de los «actos administrativos generales» y el de los reglamentos se acerca en este punto.

b) Teoría de la abstracción o no consunción

A la hora de distinguir entre norma y acto singular, el criterio de la consunción es seguido mayoritariamente por la doctrina⁷⁴ y la actual jurisprudencia⁷⁵. De acuerdo con esta teoría, el cumplimiento de un acto es consuntivo, agota el acto, en tanto que el de una norma no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma; la norma se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos⁷⁶. El de la consun-

⁷¹ Vid. la STS de 3-5-1983 (Ar. 2865).

⁷² Vid. las SSTs de 13-6-1988 (Ar. 4616) y 25-4-1997 (Ar. 3417) y el ATS de 18-6-1999 (Ar. 6253). En contra, GARCÍA-TREVILANO GARNICA, J. A., *La impugnación...*, cit., pp. 360 y ss.

⁷³ Vid. ALONSO MAS, «La modulación de la doctrina del acto consentido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDA*, 103, 1999, pp. 451-458, y la STS de 13-12-1995 (Ar. 9794).

⁷⁴ Este criterio fue defendido por primera vez por GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso...», cit., pp. 162 y ss. En el mismo sentido, vid. COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., pp. 115 y 116; ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 117 y 118; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1349; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 400; MARTÍN-RETORTILLO, L., «Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza jurídica de la convocatoria de oposiciones», *RAP*, 40, 1963, p. 249; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. I, p. 103; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, 1999, t. I, p. 63; VILLAR PALASI, *Derecho...*, cit., p. 421.

⁷⁵ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 27-1-1968 (Ar. 690), 26-1-1979 (Ar. 3992), 30-3-1984 (Ar. 1639), 21-6-1985 (Ar. 3533), 19-1-1987 (Ar. 431) y 12-5-1999 (Ar. 3898).

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 181 y 182.

ción no es otro criterio que el de la abstracción o de la repetibilidad del supuesto de hecho⁷⁷. El que la norma no se consuma se debe a que el supuesto de hecho de la misma es abstracto. La norma regula una pluralidad indeterminada de casos, de modo que debe ser aplicada no una sino todas las veces que en la realidad concurren las circunstancias descritas abstractamente en aquel supuesto de hecho⁷⁸.

Esta teoría rechaza que la generalidad defina a las normas y, por ende, a los reglamentos. Los partidarios de esta tesis sostienen que hay actos generales, destinados a una pluralidad indeterminada de personas —v. gr., bases de una oposición, orden de limpieza de las calles en un día de nevada—, que no son normas, puesto que se consumen con su aplicación. Una vez han sido seleccionados los funcionarios o limpiadas las calles, para un nuevo cumplimiento habrán de dictarse unas nuevas bases o una nueva orden general. Estos autores advierten la importancia de la distinción, pues reglamentos y actos administrativos siguen regímenes jurídicos diferentes en cuanto a los órganos competentes para emanarlos, límites de su revocación, invalidez, cauces procesales de impugnación⁷⁹, necesidad de publicación, sujeción a un procedimiento especial de elaboración, carácter no delegable de la potestad reglamentaria⁸⁰; la Administración ha de ajustarse a los reglamentos y no puede derogarlos para un caso concreto, mientras que los actos administrativos, «aunque sean con destinatario general o indeterminado, no vinculan a la Administración»⁸¹.

La primera objeción que se le puede formular a esta tesis es que la misma nació para hacer frente a un problema que actualmente no existe. En la LJ de 1956, la legitimación para recurrir los reglamentos era mucho más restringida que la exigida para hacer lo propio con los actos administrativos singulares. El criterio de la consunción se defendía con la plausible intención de permitir al menos la impugnación de los «actos generales no normativos» y, de esta manera, reducir el alcance de aquella restricción⁸². Hoy en día, la

⁷⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 723 y 726.

⁷⁸ Para referirse a lo que denominamos abstracción, emplean el término generalidad GARRIDO FALLA, *Tratado...*, t. I, p. 425; LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 243; MONTILLA MARTOS, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, 1994, pp. 37 y ss., que habla de generalidad en el tiempo.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 182.

⁸⁰ VILLAR PALASI, *Derecho...*, cit., pp. 418 y 419.

⁸¹ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 398. Esta afirmación resulta insostenible. El art. 15.4 del RD 364/1995, de 10 de marzo, deja bien claro que «las bases de las convocatorias vinculan a la Administración...». Al respecto, vid. la STS de 15-3-1993 (Ar. 2112).

⁸² Vid. el comentario de MARTÍN-RETORTILLO, L., «Actos...», cit., pp. 225-249, a la STS de 28-9-1962 (Ar. 3678). Antes, las SSTs de 14-2-1959 (Ar. 607) y 12-3-1959 (Ar. 1011).

legitimación exigida para atacar un reglamento o un acto singular es la misma⁸³.

En segundo lugar, resulta ciertamente dudoso que un acto dirigido a una pluralidad de sujetos se consuma con su aplicación o regule un solo caso. Un acto que tiene una pluralidad indeterminada de destinatarios regula necesariamente una pluralidad indeterminada de casos⁸⁴. Las bases de una oposición se aplican cada vez que hay que valorar el ejercicio de un opositor, y no se consumen con cada aplicación. Podría redargüirse que aquí la conducta regulada no es la de un opositor, sino la de todos los opositores globalmente considerados, la «conducta conjunta» de todos ellos⁸⁵. El problema es determinar cuándo existe dicha conducta. El criterio que late implícitamente en esta tesis es que puede hablarse de una conducta tal cuando ésta se produce en una «unidad de acto», en un periodo de tiempo lo suficientemente corto como para considerar que la misma tiene lugar de modo instantáneo. Puede apreciarse que el concepto de «conducta conjunta» está teñido de gran relatividad⁸⁶.

En tercer lugar, no queda demasiado claro si los actos que regulan una pluralidad determinada de casos —v. gr., las bases aplicables no a una sino a tres o a treinta sucesivas oposiciones— se consumen o no.

Pero el principal problema que se le plantea a esta tesis es el de los actos con un solo destinatario que no se agotan con un único cumplimiento, sino que, por el carácter abstracto de la regulación que contienen, son susceptibles de una pluralidad indefinida de aplicaciones y que, en consecuencia, deberían ser considerados como reglamentos. Aquí cabe citar las concesiones de dominio público⁸⁷, la prohibición de sacar agua de un pozo, la orden al molinero de abrir una esclusa siempre que las aguas rebasen cierto nivel⁸⁸ y la orden dirigida al propietario para que, cada vez que el vapor de las

habían considerado que las bases de una oposición eran un reglamento de inmediata aplicación y, en virtud de art. 39.3 LJ, reconocieron legitimación a los particulares recurrentes. La STS de 8-2-1965 (Ar. 689) estimó que dichas bases tenían carácter normativo, lo que favoreció al recurrente, pues éste no había interpuesto previamente recurso de reposición, preceptivo cuando se impugnaban actos, pero no, en principio, cuando se trataba de reglamentos. La STS de 20-6-1972 (Ar. 3022) acogió la tesis de la consunción y reconoció legitimación al recurrente para impugnar las bases.

⁸³ Vid. los arts. 19 y ss. y el ap. V, párrafo 5º de la EM de la LJ.

⁸⁴ JAAG, *Die Abgrenzung...*, cit., p. 81; MAURER, *Allgemeines...*, § 9, m. 17; VON MUTIUS, «Rechtsnorm...», cit., pp. 203 y ss.

⁸⁵ Vid., VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., pp. 123 y ss.

⁸⁶ VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., considera que la orden dirigida a varias personas para que caven una zanja regula una «conducta conjunta» (p. 122), lo que no sucede cuando se ordena la construcción de la gran pirámide o de una catedral gótica, cuya realización puede durar años o décadas (p. 124, n. 171).

⁸⁷ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 122.

⁸⁸ VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., pp. 120 y 125.

chimeneas de su fábrica produzca artificialmente la formación de hielo en los alrededores, adopte las medidas necesarias para remediar esta situación antijurídica⁸⁹. Resulta difícil sostener que estos actos deben considerarse disposiciones reglamentarias y quedar sujetos al régimen jurídico propio de las mismas. Desde luego, el Tribunal Supremo los trata como actos administrativos singulares y no como reglamentos⁹⁰.

Por ello, algún autor matiza esta tesis de la no consunción y estima que el concepto de reglamento sólo debe comprender a los actos que reúnan dos condiciones: la de no consumirse con su aplicación, debido a la abstracción de su supuesto de hecho, y la de dirigirse a un número indeterminado de destinatarios⁹¹. De acuerdo con esta concepción, los restantes actos jurídicos emanados por la Administración no tendrían carácter normativo.

c) Teoría cuatripartita. Posición que se adopta

Otros autores afirman explícita o implícitamente que no es posible distinguir en el plano puramente teórico entre actos jurídicos normativos y no normativos, porque se trata de una distinción convencional, histórica e imprecisa⁹². Tradicionalmente se parte de la premisa de que la norma jurídica posee por definición ciertos caracteres —abstracción, generalidad— que en realidad no son elementos conceptuales de la misma. «La tesis doctrinal que ve en la generalidad y en la abstracción notas esenciales, constitutivas, de la norma jurídica no es más que la sacralización de los principios demo-liberales que, partiendo de los dogmas de la soberanía popular, la igualdad de todos los hombres ante la ley y el valor de la seguridad como condición necesaria de la libertad, entiende que las normas jurídicas han de ser colectivas, generales y abstractas»⁹³. No se trata de caracteres de las normas tal y como son, sino de las normas tal y como deberían ser para corresponder a cierto ideal del Derecho⁹⁴.

Si se combinan los criterios de la abstracción y de la generalidad utilizados respectivamente por las teorías anteriores, se obtienen no dos tipos de regulaciones —acto y norma—, sino cuatro: *concretas-especiales* —contem-

⁸⁹ Caso real citado por ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln», cit., § 12, m. 45.

⁹⁰ Vid. la STS de 20-5-1974 (Ar. 3280) respecto de un acto que modifica una concesión de servicio público autorizando al concesionario a cobrar ciertas cantidades a los usuarios del servicio. La STS de 15-3-1985 (Ar. 1247) recurre al criterio de la generalidad, no al de la consunción, para calificar como acto singular la autorización a una empresa para efectuar un recargo en sus tarifas vigentes.

⁹¹ PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 269.

⁹² SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 723 y ss.

⁹³ MONTORO BALLESTEROS, «Significación...», cit., p. 21.

⁹⁴ BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, (trad. Ruiz Miguel), 1980, p. 303.

plan uno o una pluralidad determinada de casos y tienen como destinatario a una persona o a un grupo determinado de ellas—, *concretas-generales*—contemplan un solo caso, pero van dirigidas a una pluralidad indeterminada de destinatarios—, *abstractas-especiales*—contemplan un solo caso aunque tienen como destinatario a un sujeto o a una pluralidad determinada de ellos— y *abstractas-generales*—contemplan una pluralidad indeterminada de casos y van dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas—⁹⁵.

Existe coincidencia de opiniones en señalar que el primer tipo de regulación mencionado responde a la imagen tradicional del acto administrativo singular y que el último encaja con la de los reglamentos. En cambio, la inclusión en la categoría de los «actos» o de las «normas» del segundo y del tercer tipo de regulaciones sería una cuestión de Derecho positivo⁹⁶, totalmente convencional⁹⁷. Antes que consideraciones teóricas, son las consecuencias prácticas que en cada caso concreto se derivan de someter un acto al régimen jurídico de los reglamentos o al de los actos singulares las que se tienen en cuenta para calificarlo. Ello se aprecia con claridad en la jurisprudencia. Varios autores han evidenciado que el Tribunal Supremo, preocupado sobre todo por la justicia del caso concreto, no sigue un criterio uniforme a la hora de atribuir carácter normativo o no normativo a los actos jurídicos que se le presentan⁹⁸. Por poner sólo un ejemplo, en la misma Sentencia en la que este Tribunal reconoce haber «establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal,..., se hayan considerado apelables las sentencias pronunciadas sobre las mismas, dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, el tratamiento propio de las disposiciones generales»⁹⁹, se afirma que «su verdadera naturaleza es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados»; y como no se trata de «auténticos reglamentos», no es necesario que la Secretaría General Técnica emita su informe en

⁹⁵ BOBBIO, *Contribución...*, cit., pp. 293-306; VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., *passim*, esp. pp. 119 y ss.

⁹⁶ VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., pp. 148 y ss. y 258 y 259.

⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 723.

⁹⁸ Vid. LEGUINA VILLA, «Legitimación...», cit., p. 207; MEILÁN GIL, *La distinción...*, cit., p. 16; VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., p. 423; SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», cit., pp. 55 y ss.

⁹⁹ Vid. las SSTs de 28-5-1997 (Ar. 4535), 16-6-1997 (Ar. 6310) y 25-4-1995 (Ar. 3397) que dice que tienen «naturaleza normativa, atendiendo su carácter ordinamental y las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado pero carentes de contenido normativo». De esta misma opinión, DE VICENTE DOMINGO, *El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública*, 1997, pp. 45 y ss.; MOREU CARBONELL, «Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones públicas», *RAP*, 144, p. 416.

el procedimiento de elaboración de la relación de puestos de trabajo impugnada¹⁰⁰; y de esta manera se evita su anulación por la falta de dicho trámite¹⁰¹.

En Alemania también son consideraciones pragmáticas las que en cada caso llevan a calificar los actos concretos-generales y los abstractos-especiales como normativos o como no normativos¹⁰². De hecho, el propio legislador ha tenido que establecer expresamente que los del primer tipo son actos administrativos¹⁰³.

A nuestro juicio, determinar a qué tipo de regulaciones—concretas-especiales, concretas-generales, abstractas-especiales, abstractas-generales—se refiere un precepto cuando habla de «actos» o de «disposiciones generales» es una cuestión que ha de resolverse caso por caso, atendiendo a la *ratio* del precepto.

En este trabajo nos limitaremos a estudiar la invalidez de las regulaciones administrativas *abstractas-generales*, que crean efectos jurídicos para una pluralidad indeterminada de sujetos y no se consumen con su aplicación, a las que llamaremos reglamentos. Para comprender mejor el peculiar régimen de su invalidez, lo compararemos con el de las regulaciones jurídico-administrativas de carácter *concreto-especial*, que tienen por destinatario a una o a varias personas determinadas y se agotan con su cumplimiento. Ciertos principios y reglas exigen que la invalidez de actos con características tan distintas se someta a un régimen diferente.

No trataremos, pues, ni la invalidez de los actos concretos-generales ni la de los abstractos-especiales.

¹⁰⁰ Trámite regulado en el art. 130.1 LPA, (hoy, art. 24.2 LG).

¹⁰¹ Vid. las SSTs de 3-3-1995 (Ar. 2305) y 28-5-1996 (Ar. 4653).

¹⁰² Así lo reconocen VOLKMAR, *Allgemeiner...*, cit., pp. 150 y ss.; VON MUTIUS, «Rechtsnorm...», cit., p. 216; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 45, m. 79.

¹⁰³ Vid. el § 35 VwVfG.

V. LA NOCIÓN DE INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1. LOS CONCEPTOS DE VALIDEZ Y DE INVALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La invalidez es la negación de la validez. Para definir qué es la primera, hay que precisar previamente en qué consiste la segunda.

La expresión validez se ha empleado en el lenguaje jurídico con significados diversos¹. En este trabajo, con Kelsen y otros autores², se entiende por validez de una norma «la existencia específica de una norma»³, de un deber. Que una norma vale quiere decir que lo que ella expresa debe ser hecho⁴. El «que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma»⁵. «La afirmación de que una norma se encuentra en vigencia o tiene validez no puede querer decir que esa conducta efectivamente se produce, sólo puede querer decir que esa conducta debe producirse»⁶. Que una norma jurídica vale supone que el ordenamiento jurídico respalda la regulación — derechos, obligaciones— que la misma expresa. La validez no es, por tanto, un concepto que designe algo real, sino que alude al mundo del deber.

La invalidez de una norma jurídica consiste en que la regulación — derechos, obligaciones— que ella establece no está respaldada por el Derecho, no obliga; no hay un deber jurídico de actuar de acuerdo con la misma. Así, SANTAMARÍA PASTOR llama invalidez a «la condición del acto que, ..., carece de exigibilidad jurídica y que, por lo mismo, sus posibles efectos carecen de la garantía de realización fáctica que proporciona el aparato coactivo del Estado»⁷.

¹ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 1994, pp. 132 y ss., cita hasta seis significados.

² Señala NINO, *La validez del Derecho*, 1985, p. 8, que el concepto de validez de Kelsen no difiere del de autores como T. de Aquino, Suárez, Puchta, etc...; las discrepancias se centran en «el criterio para la adscripción de validez», es decir, en el porqué y en el cuándo una norma es válida.

³ Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 23.

⁴ *Ibidem*, p. 23 y ss.

⁵ *Ibidem*, p. 201.

⁶ *Ibidem*, p. 92.

⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 162. NINO, *La validez...*, cit., p. 205, estima que la nulidad [nosotros diríamos invalidez] de un contrato consiste en «la negativa de poner la coacción estatal a disposición de los contratantes».

2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE CONCEPTOS AFINES

A) La ilegalidad del reglamento

Un acto es ilegal cuando infringe el ordenamiento jurídico⁸. La ilegalidad de un acto consistirá, por consiguiente, en su disconformidad, «discordancia»⁹, «desajuste estructural»¹⁰ con el Derecho. El ordenamiento prescribe que un acto sea de cierta manera, pero éste lo es de otra. Si un acto se ajusta a lo dispuesto por el Derecho será, por el contrario, legal. Un reglamento será ilegal, pues, cuando no se ajuste o no se corresponda con alguna de las normas o principios que dentro del sistema normativo en el que dicho reglamento se integra están en una posición supraordenada al mismo.

Si se utiliza la palabra ilegalidad en vez de, por ejemplo, antijuridicidad, es porque aquélla goza de mucha mayor tradición en nuestro lenguaje, pero ha de tenerse muy presente que dicho concepto comprende la disconformidad de un acto no sólo con las normas de rango legal, sino también con todas aquellas a las que ese acto debe ajustarse¹¹. Así mismo, cabe utilizar como sinónimos los términos vicio¹² o defecto¹³.

SANTAMARÍA PASTOR considera que la invalidez es «una calificación puramente teórica, derivada de la constatación de un desajuste entre la estructura real del acto y la estructura tipo-normativa» a la que debería ajustarse dicho acto¹⁴. Pero luego afirma que la invalidez es «la condición del acto que, por su contradicción con la norma, carece de exigibilidad jurídica y que, por lo mismo, sus posibles efectos carecen de la garantía de realización fáctica que proporciona el aparato coactivo del Estado»¹⁵. Estas palabras no dejan claro si la invalidez de un acto consiste en la disconformidad de éste con el ordenamiento jurídico —idea que nosotros expresamos con el término ilegalidad— o en su carencia de exigibilidad jurídica —lo que nosotros entendemos por invalidez—. En realidad, este y otros autores vienen a identificar ambos conceptos: «La validez de una norma [equivale] a la legalidad de la misma»; «una norma [es] inválida cuando no se [ha] cumplido la legalidad de su

edición»¹⁶. Sin embargo, que una norma es válida *cuando* se ha producido de conformidad con las normas que regulan la producción normativa —como afirma Kelsen¹⁷—, no quiere decir que su validez *sea lo mismo* que su ajuste o conformidad con dichas normas. Desde otro punto de vista, la ilegalidad o la irregularidad «pueden explicar el porqué de la [invalidez], pero no la sustancia de ésta»¹⁸. Como se ha señalado, «cuando Kelsen sostiene que la validez de una norma depende de su concordancia con otra superior, menciona..., sólo una condición necesaria para que las normas no soberanas sean válidas, pero tal formulación no implica una definición del concepto de validez»¹⁹.

Probablemente, la causa de la confusión entre la ilegalidad de un acto jurídico y su invalidez reside en la tesis implícitamente aceptada de que la primera determina necesariamente la segunda. Pero esta tesis es muy discutible. La disconformidad entre un acto y las normas jurídicas a la que éste debía ajustarse no produce automáticamente la invalidez del mismo. Hay actos irregulares que son, sin embargo, válidos. De ahí la importancia que reviste la distinción entre ambos conceptos. Que no hay una correlación necesaria entre ilegalidad e invalidez ha sido señalado por iusprivatistas²⁰, iuspublicistas²¹, y estudiosos de la teoría general del Derecho²². Posteriormente se volverá sobre este punto.

Tampoco nos parece acertado afirmar que un acto ilegal válido es «conforme a Derecho»²³. Un acto ilegal, aun en el caso de que *su contenido* sea válido y cuente con el respaldo del ordenamiento, es, por definición, disconforme con

⁸ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 369.

⁹ NIETO GARCÍA, «Estudio...», cit., p. 10.

¹⁰ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 54.

¹¹ Así lo advierte BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 369, n. 2.

¹² Vid. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit.; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 395 y ss., 403 y ss., 470 y ss.; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 443 y ss.; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, pp. 153 y ss.

¹³ Vid. el art. 63.2 LPC y BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 371, que dice que «la ilegalidad es un defecto o vicio del acto administrativo».

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 159.

¹⁵ *Ibidem*, p. 162.

¹⁶ FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, 1991, pp. 125, 133 y 134. En sentido similar, entre otros, ALEXI, *El concepto y la validez del Derecho*, (trad. Seña), 1997, p. 89; BIGLINO CAMPOS, *La publicación de la ley*, 1993, pp. 92 y 93; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad e ineficacia de las leyes y sus consecuencias», *Estudios en homenaje al Profesor Diego Sevilla*, 1984, t. I, p. 246; Díez-PICAZO, L. M.², *La derogación...*, cit., p. 165; GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (trad. Ferrer i Beltrán), 1999, pp. 320 y 322.

¹⁷ Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 201 y ss.

¹⁸ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 426, que habla de ineficacia para referirse a lo que en este trabajo se entiende por invalidez.

¹⁹ NINO, *La validez...*, cit., p. 38.

²⁰ Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 427 y 428, que habla de irregularidad e ineficacia, en vez de ilegalidad e invalidez.

²¹ Vid., por todos, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 56 y ss.; BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., pp. 119 y ss.

²² Vid. EzQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, 1998, pp. 191 y ss.; NINO, *La validez...*, cit., pp. 28 y ss.; PEÑA FREIRE, «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 105 y ss.

²³ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 56 y 57.

una norma jurídica a la que debía ajustarse y, por lo tanto, con el Derecho²⁴. Además, esa afirmación difícilmente explica alguna de las consecuencias de los actos ilegales que no tienen que ver con su validez o invalidez, como, por ejemplo, la posibilidad de sancionar al funcionario responsable de las «irregularidades no invalidantes» de un acto administrativo. Resulta absurdo estimar que se castiga a un funcionario por la emisión de un acto conforme a Derecho.

B) La ineficacia del reglamento

La palabra eficacia y su negación, la ineficacia, también son empleadas en el lenguaje jurídico con varios significados. Hay quien utiliza el término ineficacia para designar lo que nosotros entendemos por invalidez²⁵.

Con Kelsen y otros autores²⁶, llamaremos eficacia de una norma al «hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma»²⁷. Destaca Kelsen que una norma jurídica es eficaz no sólo cuando es acatada por los sujetos sometidos al ordenamiento, sino también cuando los órganos jurídicos —en especial, los Tribunales— estatuyen las sanciones previstas para el incumplimiento de la misma²⁸. Por ineficacia de una norma jurídica hay que entender, pues, el hecho de que la misma no es aplicada y obedecida en la realidad. Así como las categorías validez e invalidez aluden respectivamente a un deber y a un no deber, los conceptos eficacia e ineficacia se refieren al mundo del ser, de los hechos reales.

Conviene distinguir entre invalidez e ineficacia, porque puede acontecer que una norma jurídica inválida llegue a producir efectos en la realidad, y viceversa, que una norma válida sea ineficaz.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que a veces se utilizan las expresiones eficacia, eficacia jurídica, efectos o efectos jurídicos, y las correlativas ineficacia, ineficacia jurídica o no producción de efectos o de efectos jurídicos, para aludir a un deber y no a un hecho real. Así, entre la doctrina se dice que eficacia significa obligatoriedad²⁹, y la LPC dispone que «los actos de las

²⁴ Como señala HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 499, entre la doctrina alemana es pacífica la opinión de que el acto «antijurídico» no deja de serlo por el hecho de que adolezca de lo que en España llamaríamos una irregularidad no invalidante.

²⁵ Vid., por ejemplo, Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pp. 423 y ss.

²⁶ BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, 1998, pp. 34 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 155 y ss., p. 160, n. 8; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 53.

²⁷ Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 24.

²⁸ *Ibidem*, pp. 25, 29 y 130. Sobre las relaciones que, según este autor, existen entre la validez y la eficacia de las normas, vid. las pp. 23 y ss. y 89 y ss.

²⁹ WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 48, m. 7; y MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 9, m. 66, que añade que «un acto es eficaz cuando la regulación jurídica (el

Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo,..., producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa» (art. 57.1) y que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda» (art. 52.1). De acuerdo con esta terminología, el que un acto jurídico produzca efectos quiere decir que obliga, que debe hacerse lo ordenado por éste. Cuando el legislador español establece que un acto administrativo produce efectos desde la fecha en que se dicta, no quiere decirse con ello que las personas para las que dicho acto ha creado derechos u obligaciones *ajustan* desde ese mismo momento su conducta real a lo dispuesto en aquél, sino que éstas *deben ajustar* su conducta desde ese momento a la regulación que el acto contiene. Para no confundir esta eficacia que alude a un deber, con la eficacia de la que habla Kelsen, que alude a un ser, conviene añadir el adjetivo «jurídica» a la primera.

Tanto la validez como la eficacia jurídica de una norma o de un acto expresan un deber. Distinguir ambos conceptos tiene alguna utilidad. Un acto puede ser válido pero todavía ineficaz jurídicamente. Pensemos en el acto administrativo que aplaza su eficacia jurídica a un momento posterior a aquel en el que adquirió validez. El Derecho respalda y garantiza la regulación, los efectos jurídicos —derechos y obligaciones— queridos y establecidos por una voluntad administrativa. Y esta voluntad quiere que dichos efectos jurídicos no desplieguen todavía su vigor hasta cierta fecha. La regulación que contiene el acto no es aún obligatoria mientras no llegue ese momento. Los destinatarios del acto no deben hasta entonces ajustar sus conductas a lo establecido por el mismo. Puede decirse que el acto es válido, si bien no despliega de momento los efectos jurídicos por él queridos y establecidos³⁰.

C) La inexistencia del reglamento

El concepto de inexistencia es utilizado en algunas construcciones doctrinales que tratan de explicar el régimen de la invalidez de los actos jurídicos en general y de las disposiciones reglamentarias en particular. Por ejemplo, BOQUERA OLIVER estima que la falta de publicación de una disposición reglamentaria o su publicación en un lugar distinto del prescrito por el ordenamiento jurídico determina no ya la invalidez, sino la inexistencia de la disposición³¹. Otros autores mantienen también esta tesis en relación con las

mandato, la prohibición, la declaración o la constitución jurídica) que en el mismo se expresa adquiere validez» (§ 10, m. 20).

³⁰ La doctrina alemana distingue entre eficacia externa y eficacia interna de los actos administrativos, cuyo significado respectivo viene a coincidir con el que aquí se atribuye a la validez y eficacia jurídica de estos actos. Vid., por ejemplo, MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 9, m. 66.

³¹ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 450 y 488.

leyes³², decretos legislativos³³ y, en general, cualquier norma jurídica³⁴. Resulta curioso que el autor de la quizá más atinada y demoledora crítica a la categoría de la inexistencia de los actos administrativos³⁵ afirme que la publicación de las normas jurídicas constituye un requisito de existencia, o de existencia jurídica, de las mismas³⁶.

Esta categoría apareció en el Derecho francés como un remedio para eludir las insatisfactorias consecuencias a las que conducía considerar nulos a los actos jurídicos sólo en aquellos supuestos tasados y expresamente contemplados por la ley. Recuérdese la conocida máxima «*pas de nullité sans texte*»³⁷. En efecto, resultaba, y resulta, difícil de admitir que actos que adolecían de ilegalidades gravísimas iban a quedar convalidados por el transcurso de cierto periodo de tiempo sólo porque el legislador no había incluido expresamente esas ilegalidades entre las causas de nulidad. Afirmar en estos casos que el acto en cuestión, al carecer de ciertas condiciones mínimas, no podía ser considerado por el Derecho siquiera como acto permitía obtener un resultado similar al de la nulidad: el acto «inexistente» podía ser impugnado en cualquier momento. Además, en el ámbito jurídico-administrativo esta categoría tenía una utilidad añadida, ya que permitía a los Tribunales ordinarios, que no podían enjuiciar la actividad administrativa, proteger a los ciudadanos frente a los actos administrativos inexistentes³⁸.

³² Vid., por ejemplo, BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 102 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho...*, cit., p. 354; Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 165 y ss., que afirma que la publicación es un requisito de existencia, vigencia, vigor o positividad de la ley; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 116; SALAS HERNÁNDEZ, «Promulgación y publicación de leyes de Comunidades Autónomas», *Autonomías*, 11, 1990, p. 7.

³³ Admite la categoría de la inexistencia de los decretos legislativos, no sólo cuando falta su publicación, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles de la legislación delegada*, 1995, pp. 256 y ss.

³⁴ Vid. BOQUERA OLIVER, «La publicación de disposiciones generales», *RAP*, 31, 1960, pp. 77, 85 y 90; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 363, 676 y 815. La postura de BERMEJO VERA, *La publicación...*, cit., no es muy clara; en la p. 54 dice que se trata de un requisito de validez; en las pp. 77 y 154 dice que la no publicación conlleva la inexistencia; en las pp. 154 que se trata de un supuesto de total ineficacia y de invalidez no convalidable; y en las pp. 131 y ss. defiende que las normas favorables a los ciudadanos no publicadas deben producir algunos efectos.

³⁵ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 203 y ss. y 250 y ss.

³⁶ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 363, 676, 815.

³⁷ Vid., por todos, SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 55, 144 y ss. y 203 y ss. Sobre el origen histórico de la concepción «textualista» que expresa el citado brocardo, pp. 133 y ss.

³⁸ LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, 1988, pp. 113 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 25 y ss.; LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 568 y 569.

En nuestro Derecho, los actos administrativos sólo son nulos en aquellos casos en los que así «se establezca expresamente en una disposición legal» (art. 62.1.g LPC). Ciertamente, cabe apurar las posibilidades interpretativas de los preceptos que establecen causas de nulidad a fin de encajar en ellos las infracciones muy graves del ordenamiento jurídico³⁹. Sin embargo, a veces el encaje resulta difícil cuando no imposible⁴⁰.

Pese a los servicios que podría prestar la categoría de la inexistencia para superar el carácter taxativo de los supuestos de nulidad de los actos administrativos⁴¹, el rechazo de la misma es mayoritario entre la doctrina iusadministrativista española⁴², fundamentalmente por tres razones:

El primer reproche que se le formula a esta categoría es que la misma alude al plano de la realidad, del ser, cuando el Derecho hace referencia al plano del deber. «En el Derecho no hay una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer y el no valer... Así como en la naturaleza..., los hechos existen o no existen, en el orden jurídico, de los actos sólo puede decirse que valen o no valen»⁴³. Podría hablarse de una existencia jurídica y de una inexistencia jurídica, pero dicho par de conceptos resulta superfluo, pues vendría a significar lo mismo que el par de términos validez e invalidez. Como muy bien señaló Kelsen, la validez es la existencia en el mundo del deber. Decir que una norma jurídica vale es lo mismo que decir que existe jurídicamente⁴⁴.

³⁹ Vid., por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 622 y ss. En cambio, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 372, esp. n. 12, estima que estos preceptos deben interpretarse restrictivamente.

⁴⁰ Por ejemplo, BELADIEZ ROJO, *La nulidad...*, cit., p. 173, considera que la incompetencia jerárquica muy grave debería determinar la nulidad de los actos administrativos y que «la única forma de salvar la omisión legal» es estimar que se trata de un vicio de incompetencia por razón de la materia; otros ejemplos en la p. 174.

⁴¹ Según BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., no existe acto administrativo «cuando faltan todos, algunos o alguno de los elementos esenciales del acto administrativo o la adecuación entre ellos o con la realidad» (p. 352); así sucede, por ejemplo, si el acto incurre en falsedad de la causa (p. 396) o error de hecho que rompe la congruencia entre la realidad y el contenido del acto (p. 398), si la voluntad administrativa está viciada por violencia, dolo o intimidación (pp. 404 y 405) o si el acto persigue un fin que no es público (p. 471).

⁴² Entre otros, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 58, n. 21; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 444 y 447; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, «Sobre la ineficacia del acto administrativo declaratorio de derechos», *REVZ*, 157, 1968, pp. 43 y ss.; LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho...*, cit., pp. 113 y ss. y 145; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 186 y 187; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 203 y ss. y 250 y ss.

⁴³ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus «Notas» al *Tratado de Derecho civil. Parte general (Enneccerus, Nipperdey)*, 1981, t. I-2º, vol. 2º, p. 741.

⁴⁴ Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 23 y ss.

En segundo lugar, se le critica precisamente su carácter superfluo, por no distinguirse en cuanto a sus consecuencias jurídicas de la nulidad⁴⁵. Aunque un acto carezca de los «elementos esenciales» para ser considerado válido, es posible que una o varias personas lo tengan por válido y que acabe produciendo efectos⁴⁶. Así, puede acontecer que una Administración dicte un acto «inexistente» y que, considerándolo válido, lo ejecute forzosamente. Si el particular perjudicado por dicha inexistencia o apariencia de acto quiere ver restablecidos sus derechos e intereses legítimos lesionados por la misma, deberá impugnarla igual que si se tratara de un acto nulo. Y podrá hacerlo en cualquier momento, lo mismo que en el caso de los actos nulos. Dicha apariencia será tratada de la misma forma que un acto nulo de pleno derecho⁴⁷. Imaginemos ahora que nadie tiene por válido un acto inexistente o que éste es absolutamente insusceptible de producir efecto alguno —pongamos que un loco internado en un manicomio emite una «ley»⁴⁸—. Al Derecho no le interesan esos actos inexistentes⁴⁹.

Por último, y estrechamente relacionado con lo que se acaba de exponer, la tesis del acto administrativo inexistente conduce a resultados incompatibles con algunos principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Si, como señalan algunos autores, «el acto inexistente puede ser pura y simplemente desconocido»⁵⁰, ello supone que la Administración puede desconocer

⁴⁵ Vid. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 444 y 447; PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 186 y 187; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 260 y 261. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho...*, cit., p. 119, estima que «el deslinde entre inexistencia y nulidad es imposible» y que «la inexistencia no es un *algo más* sustantivo sobre la nulidad». Señalan BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 120, n. 52, y GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 388, que cabría hablar en algunos supuestos de inexistencia de un acto, pero sus consecuencias jurídicas serían las mismas que las de la nulidad. El propio BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 353, que utiliza la categoría de «inexistencia del acto administrativo», considera que «la consecuencia jurídico-material de la inexistencia de acto administrativo,..., es la nulidad,..., de los efectos jurídicos de la apariencia de acto».

⁴⁶ Dice BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 352, que «la apariencia de acto administrativo produce, en principio, las mismas consecuencias que el acto administrativo».

⁴⁷ MORELL OCAÑA, *Curso...*, t. II, p. 361.

⁴⁸ Tomamos el ejemplo de Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 284.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 604, admiten la categoría de la «inexistencia del acto», pero reconocen que «la interferencia de [los] poderes exorbitantes de la Administración limita las posibilidades inherentes al concepto de inexistencia en el Derecho privado y obliga a reducir la categoría del acto inexistente refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos». Dudamos que en estos supuestos tenga alguna utilidad dicha categoría.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 604.

sus actos favorables inexistentes sin necesidad de seguir el procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho⁵¹. Pues bien, debe tenerse en cuenta que los rigurosos requisitos a los que se somete este procedimiento constituyen una garantía para el particular que va a verse privado del derecho que le otorgaba un acto aparentemente válido. Desde el momento en que el acto inexistente da lugar a una apariencia de acto favorable, se crea una situación de confianza legítima en la validez del mismo que merece exactamente la misma protección que si dicha confianza hubiese sido producida por un acto nulo. Por identidad de razón de ambos supuestos, lo justo es que la Administración siga en ambos casos el mismo procedimiento antes indicado. Aquí se muestra otra vez que la nulidad y la inexistencia merecen idéntico trato jurídico.

Por todo ello, resulta aconsejable prescindir del concepto de inexistencia. Los actos jurídicos inválidos a los que falta un requisito o elemento «esencial», que carecen de las «condiciones mínimas» para que se les pueda calificar como actos, y cuyos vicios, por ende, tienen una extraordinaria gravedad, deben ser sometidos al mismo régimen jurídico que los actos nulos de pleno derecho.

BIGLINO CAMPOS considera, no obstante, que concebir la ausencia de publicación como motivo de inexistencia de la ley [lo mismo podría decirse del reglamento] y no como causa de invalidez presenta algunas ventajas. Básicamente, «permite explicar que la mera aparición en el Boletín Oficial del Estado de una disposición hasta entonces no publicada perfeccione la ley, que a partir de ese momento deja de tener tacha alguna». Afirma esta autora que concebir el vicio de falta de publicación como un motivo de invalidez conduciría a resultados distintos: «Bastaría con la inacción de la Administración, órgano que tiene la obligación de publicar, para que lo actuado correctamente por el Parlamento resultase inválido»⁵². Esta afirmación es rechazable, porque no hay que confundir la invalidez de la norma legal con la invalidez de los trámites integrantes del procedimiento legislativo. Las normas legales no publicadas son inválidas, mientras que los trámites correctamente realizados con anterioridad al momento en el que debía haber tenido lugar la publicación son válidos. Lo «actuado correctamente por el Parlamento» es valioso y puede ser conservado a la hora de dictar una nueva ley. Por eso, la mera publicación del texto adoptado por el Parlamento determinaría la adquisición de validez —convalidación— de la norma legal que antes había que considerar inválida⁵³. Sin embargo, la autora dice que la figura de la

⁵¹ Así lo estima LAVILLA ALSINA, «La revisión...», cit., p. 66. En contra, por razones de seguridad jurídica, GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, «Sobre...», cit., pp. 44 y ss.

⁵² BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 107 y ss.

⁵³ Vid. lo que se dirá sobre la subsanación de reglamentos y la «conservación de trámites» *infra*, X.3.

convalidación no permite explicar este supuesto ya que no es posible «convalidar algo que no existe»⁵⁴. Pero esta afirmación no se argumenta e incurre, además, en una evidente petición de principio, pues lo que hay que demostrar es, precisamente, que una ley no publicada deba considerarse inexistente e insusceptible de ser convalidada.

Podría pensarse, no obstante, que sí hay alguna diferencia de régimen jurídico entre las normas nulas y las inexistentes. Es sabido que, en principio, los Tribunales ordinarios pueden inaplicar una ley inconstitucional sólo después de que el Tribunal Constitucional haya declarado su invalidez. BIGLINO CAMPOS estima, en cambio, que las leyes no publicadas son inexistentes y que, por ello, ni es necesario ni resulta posible que el Tribunal Constitucional las anule. No existen vías procesales para llevar ante dicho órgano jurisdiccional un texto no publicado⁵⁵. La única vía a través de la cual podría impedirse que dicha ley inexistente produjera efectos sería, pues, la de su inaplicación. Esta autora dice que una ley sin publicar es «de imposible aplicación»⁵⁶. Estos argumentos podrían igualmente ser utilizados en relación con las normas administrativas para combatir la tesis que aquí se defiende. Cabría pensar que el recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos sólo procede contra los existentes, mientras que los inexistentes únicamente pueden ser inaplicados.

Sin embargo, la STS de 16 de junio de 1984 (Ar. 4375) constituye una buena muestra de que los reglamentos no publicados pueden ser impugnados directamente por los ciudadanos y anulados por los Tribunales⁵⁷.

La anulación jurisdiccional —declaración de invalidez con efectos jurídicos *erga omnes*— de un reglamento no publicado o publicado en un lugar distinto del previsto por la ley tiene un sólida justificación, la misma que la de la anulación jurisdiccional de cualquier disposición reglamentaria inválida: razones económicas, de seguridad jurídica, de igualdad entre todos los destinatarios del reglamento y relativas al derecho de éstos a obtener una tutela judicial efectiva piden que se dicte una sentencia por la cual se declare con eficacia *erga omnes* la invalidez del mismo. La simple inaplicación de los reglamentos inválidos —incluso la de los no publicados— resulta insatisfactoria para atender a los valores jurídicos citados⁵⁸. Y es que puede suscitarse la duda acerca de si una norma administrativa debía, o no, haber sido

publicada⁵⁹, o de cuál es el diario oficial en el que debía haberse insertado su texto⁶⁰, o de cuáles de sus contenidos debían haber sido objeto de publicación⁶¹. Es posible que las opiniones de los distintos órganos jurisdiccionales que se enfrentan a estas cuestiones difieran entre sí, y/o no coincidan con la que tiene la Administración al respecto. La decisión de un Juez de inaplicar un reglamento que considera ha sido publicado en un lugar distinto del previsto legalmente no impide que otro Juez o la Administración apliquen el mismo reglamento por estimar que se ha publicado en la forma debida. La posibilidad de pretender y obtener la anulación jurisdiccional —decisión definitiva con efectos *erga omnes*— del reglamento que padece tales vicios tiene una evidente utilidad para los valores jurídicos a los que nos hemos referido anteriormente. Se evita que un ciudadano pueda ser lesionado repetidas veces mediante la aplicación de esa norma. Se evitan múltiples procesos en los que se discutiría su validez y aplicación a un caso concreto. Se evita el peligro de sentencias que se pronuncien contradictoriamente al respecto.

La circunstancia de que «el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo [sea] de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada» (art. 46.1 LJ) no impide que pueda recurrirse un reglamento todavía no publicado⁶². Lo mismo sucede con los actos administrativos singulares. La falta de notificación de los mismos no impide que puedan ser atacados. Lo que produce esta irregularidad es que no comienza a correr el plazo para recurrir⁶³. Admitir que la Administración pudiera aprovecharse del incumplimiento de su obligación de notificar o de publicar sus actos para evitar el control jurisdiccional de los mismos en perjuicio de las personas a los que éstos afectan, resultaría no sólo contrario al principio jurídico según el cual nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, sino también al derecho fundamental a la judicial efectiva. Como señala la citada STS de 16 de junio de 1984 (Ar. 4375), el hecho de que el cómputo del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se

⁵⁹ Vid. la STS de 23-2-1989 (Ar. 1138), que declara que la no publicación en el BOE de cierta circular no afecta a su obligatoriedad.

⁶⁰ La STS de 30-11-1994 (Ar. 10681) estima válida una disposición administrativa publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa y no en el BOE. La STS de 21-2-1997 (Ar. 1495) considera válida una «norma de organización interna, y específicamente dirigida a militares» publicada en el Diario Oficial de la Marina. La STS de 13-2-1998 (Ar. 2184), declara la validez de una resolución por la que se daba la baja al recurrente en el Cuerpo de la Guardia Civil, dictada en aplicación de una disposición cuya «publicación en el Boletín Oficial del Cuerpo ha de reputarse suficiente para que fuera conocida en el ámbito de sus destinatarios».

⁶¹ Del art. 70.2 LBRL se desprende que en el caso de los planes urbanísticos sólo existe obligación de publicar el articulado de sus normas.

⁶² En contra, si bien respecto de las leyes, BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., p. 115.

⁶³ Vid. el art. 58.3 LPC y BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 174 y ss.

⁵⁴ BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., p. 107. En el mismo sentido, respecto de los actos administrativos inexistentes, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 353, n. 28.

⁵⁵ BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 112 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 116.

⁵⁷ Además, esta STS declaró que debían reponerse las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la adopción de la disposición anulada con el objeto de publicarla.

⁵⁸ Vid. *supra*, II.3.C).b), e *infra*, IX.3.B).b).

cuenta «a partir de la publicación es sólo una garantía para el administrado que no impide que pueda deducirlo desde que la disposición se produjo».

En definitiva, debe prescindirse del concepto del reglamento inexistente por resultar incorrecto y superfluo. La inexistencia de un reglamento o no interesa al Derecho o lleva aparejada las mismas consecuencias jurídicas que su nulidad.

3. EL OBJETO DEL QUE SE PREDICA LA VALIDEZ O LA INVALIDEZ

En el lenguaje jurídico es corriente referirse a la validez y a la invalidez de los actos jurídicos. Los actos jurídicos son válidos o inválidos⁶⁴. Esta manera de hablar da la impresión de que la validez y la invalidez se predicán de los actos jurídicos, lo cual no es del todo exacto.

Lo que hay que estimar o no valioso jurídicamente, lo que debe o no conservarse, lo que merece o no la protección del ordenamiento, no es el acto propiamente dicho, sino su contenido, los efectos jurídicos establecidos mediante la correspondiente manifestación de voluntad⁶⁵, el deber que constituye el sentido objetivo de la misma⁶⁶. Cuando se habla de acto válido, hay que entender que lo que el Derecho va a respaldar son los derechos y obligaciones que han sido creados, modificados, extinguidos o declarados a través del acto en cuestión. Cuando en este trabajo se alude a la validez o a la invalidez de un reglamento, en realidad nos estamos refiriendo a la validez o invalidez de su contenido.

La validez y la invalidez se refieren en el lenguaje jurídico corriente también a los trámites que han de realizarse para emitir un acto jurídico. Así, se habla de la «invalidez de un acto de trámite»⁶⁷ o de la conservación de los actos de trámite válidos⁶⁸. La LPC regula la conservación no sólo de los actos administrativos, sino también la de los trámites empleados en su elaboración (art. 66). Y si ciertos trámites deben conservarse es porque los mismos son válidos, valiosos para el Derecho. Un trámite vale cuando es apto para formar o preparar una declaración de voluntad creadora de ciertos efectos jurídicos.

Dicho trámite es valioso jurídicamente porque cumple con suficiencia el papel que el Derecho le ha asignado a la hora de producir una regulación, por lo que el ordenamiento considera que no hace falta repetirlo a estos efectos. Un trámite será inválido, por el contrario, cuando no es apto para formar o preparar una declaración productora de ciertos efectos jurídicos. Quizás fuese conveniente reservar los términos de validez e invalidez para hacer referencia a la existencia o inexistencia de un deber, de una norma, y emplear otras palabras para aludir a la significación que para el Derecho puede tener un trámite a la hora de elaborar un acto jurídico. No es lo mismo la validez de un trámite que la validez de una regulación jurídica. Sin embargo, hemos preferido en aras de la claridad de la exposición no utilizar palabras que carecen de uso en el lenguaje jurídico corriente.

⁶⁴ Vid., por ejemplo, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 56 y 57.

⁶⁵ Sobre el concepto de contenido del acto administrativo, vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 456.

⁶⁶ Lo que Kelsen, *Teoría...*, cit. p. 19, llama la «norma»: «El sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, ..., se autoriza un comportamiento», que «es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye es un ser».

⁶⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1629.

⁶⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 290 y ss.

VI. EL FUNDAMENTO DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Conocer el fundamento de la invalidez de las disposiciones reglamentarias tiene una gran importancia práctica, pues permite determinar en un caso concreto si un reglamento debe ser considerado válido o inválido.

1. EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Dado que cualquier norma jurídica es o válida o inválida, y no cabe una tercera posibilidad¹, si se precisa qué es lo que justifica que los reglamentos valgan podrá saberse también la razón por la cual deben tenerse por inválidos.

El fundamento de validez de una norma jurídica ha de ser necesariamente una norma o principio superior integrante del mismo ordenamiento jurídico². Así, una disposición reglamentaria vale cuando se ajusta a las normas que regulan su producción, cuando respeta todos los requisitos y límites establecidos por el ordenamiento jurídico para su emanación, en fin, cuando es legal. Pero no sólo entonces. Puede suceder que una norma permita la validez de una norma subordinada a pesar de que ésta última infringe el ordenamiento³.

No conocemos ninguna disposición constitucional o legal que autorice expresamente la validez de un reglamento ilegal. En cambio, algunos principios jurídicos fundamentan la validez de reglamentos ilegales en determinadas circunstancias. Recuérdese que los principios generales del Derecho constituyen el fundamento —de validez— del conjunto del ordenamiento⁴.

BELADIEZ ROJO ha notado que un acto jurídico debe ser considerado válido no sólo cuando es legal, sino cuando literalmente vale, cuando la conservación de dicho acto «tiene un valor para el Derecho y por ello mismo éste lo protege impidiendo que aquel acto pueda ser eliminado del orden jurídico. La

¹ Esta afirmación debe matizarse, pues una norma puede ser parcialmente válida o, dicho de otro modo, parcialmente inválida (vid. *infra*, VIII).

² Vid. Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 201 y ss.

³ Vid. NINO, *La validez...*, cit., pp. 35 y ss., para quien «son válidas no sólo las normas cuya creación está autorizada, sino también aquellas cuya obediencia o ejecución es obligatoria» (p. 38).

⁴ Vid. BELADIEZ ROJO, *Los principios...*, pp. 99 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho...*, cit., pp. 417, 420 y 428; GUASP, *Derecho*, cit., pp. 291 y ss.

conservación del correspondiente acto puede ser valiosa jurídicamente bien porque éste no incurre «en ninguna infracción del ordenamiento jurídico, o bien porque aun incurriendo en graves ilegalidades, ese acto haya creado una situación que el Derecho considere necesario tutelar para salvaguardar así un principio jurídico que en ese caso concreto tiene un mayor peso que el de legalidad»⁵. Por ejemplo, el principio de proporcionalidad, que «impide declarar inválido un acto cuando con ello se cause un daño superior al interés público que el que podría ocasionar su conservación»⁶, o el de seguridad jurídica, que exige que ciertos actos ilegales no puedan ser atacados una vez transcurrido cierto periodo de tiempo desde que fueron dictados⁷, o el principio que la autora llama de «conservación», que «garantizaría la conservación de todos aquellos actos que —con independencia de las posibles irregularidades en las que haya podido incurrir—, ..., satisfagan todos aquellos fines que la norma que lo regula pretendía alcanzar con su emanación»⁸.

Ello explica la validez del acto administrativo que, a pesar de sufrir un «defecto de forma», satisface todos los fines que le marcaba el Derecho, incluidos los que perseguía el trámite ilegalmente llevado a cabo⁹. Ello explica por qué los actos administrativos que padecen ciertas ilegalidades —las que determinan la anulabilidad— sólo pueden ser impugnados durante un cierto periodo de tiempo, transcurrido el cual se hacen firmes e inimpugnables. Aquella tesis también da razón de por qué los Tribunales se han negado a anular un reglamento dictado fuera del plazo marcado por la ley debido a que ello hubiera retrasado todavía más la rápida regulación de cierta situación, en contra de lo pretendido por la ley infringida¹⁰; la anulación del reglamento era más perjudicial para el interés público que su conservación. En cada uno de estos tres supuestos, se garantiza la conservación de los correspondientes actos ilegales porque la misma es considerada valiosa por el Derecho en virtud de una serie de principios jurídicos¹¹, a saber: el de conservación, el de proporcionalidad y el de seguridad, respectivamente.

En suma, para considerar inválido a un reglamento deben concurrir cumulativamente dos circunstancias:

⁵ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 57.

⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁷ *Ibidem*, pp. 261 y ss.

⁸ *Ibidem*, p. 70; *vid.*, también, las pp. 41 y ss.

⁹ *Vid.* el art. 63.2 LPC.

¹⁰ *Vid.* las SSTs de 25-4-1983 (Ar. 2036) y 20-7-1983 (Ar. 3879).

¹¹ Como señala BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 44, y *Los principios...*, pp. 38 y ss. y 45, los principios jurídicos no son otra cosa que valores, lo que una comunidad considera valioso y, por lo tanto, es valioso para el Derecho. Según ALEXY, *El concepto...*, cit., p. 164, «principios y valores son lo mismo».

La primera es su ilegalidad. Las disposiciones administrativas ajustadas a Derecho son en todo caso válidas. La ilegalidad es condición necesaria, pero no suficiente, de la invalidez. Dicho con otras palabras, la legalidad es condición suficiente, pero no necesaria, de la validez.

La segunda es que el principio de legalidad ha de exigir la invalidez del reglamento defectuoso con mayor intensidad que aquella con la que otros principios jurídicos piden su validez. El peso relativo que tengan todos estos principios en el caso concreto «decantará la balanza» en favor de la validez o de la invalidez de la norma ilegal.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Entendido en un sentido amplio, el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico¹². La Constitución española, además de consagrar esta sujeción de todos los poderes públicos (art. 9.1), hace hincapié en que la Administración actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1), y en que el Gobierno ejerce su potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 97). Ahora bien, ¿tiene este principio todavía un papel que jugar cuando el deber de las Administraciones de ejercer su potestad reglamentaria de conformidad con el Derecho ha sido incumplido?

Los sistemas normativos persiguen que los hombres actúen de manera valiosa para la comunidad y se abstengan de realizar conductas perjudiciales para la misma, y con esta finalidad enlazan sanciones a los comportamientos contrarios a los que prescriben. Una conducta sólo puede considerarse como jurídicamente obligatoria si el comportamiento contrario a la misma es condición de una sanción¹³. Por lo tanto, para que pueda estimarse que las Administraciones públicas están obligadas jurídicamente a ejercer su potestad reglamentaria de acuerdo con el ordenamiento, es necesario que el Derecho establezca sanciones para el caso de que aquéllas no actúen de la manera prescrita por el mismo. El principio de legalidad no se agota, pues, en la prescripción de un deber jurídico de actuar de cierta manera, sino que exige que se sancione su incumplimiento¹⁴.

Otra cosa distinta es la clase de sanción que deba llevar aparejada la infracción del ordenamiento. La invalidez de un acto jurídico ilegal constituye una sanción, una consecuencia que el Derecho anuda a la violación de sus preceptos¹⁵, pero no se trata de la única consecuencia posible. Así, por ejemplo,

¹² DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 157.

¹³ Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 39.

¹⁴ En el mismo sentido, MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 58 y 59.

¹⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 424, que habla de ineficacia en vez de invalidez.

la ilegalidad de un acto administrativo genera en determinadas circunstancias la responsabilidad patrimonial de la Administración autora del mismo¹⁶ o la responsabilidad patrimonial, disciplinaria o penal de las personas físicas que han intervenido en su elaboración¹⁷. Importa destacar que la invalidez no siempre acompaña a la ilegalidad, sino que ésta puede llevar aparejada alguna de aquellas otras sanciones¹⁸. Pues bien, el principio que ahora estudiamos no determina por sí solo que tenga que producirse una u otra sanción. Dicho principio justifica que se sancione la ilegalidad de un acto jurídico, que se reparen las consecuencias antijurídicas de la infracción, pero no impone necesariamente y en todo caso como sanción la invalidez de ese acto. Para determinar cuál va a ser la concreta reacción del ordenamiento frente a un acto ilegal —aquí, frente a un reglamento—, deben tenerse en cuenta también otras normas y principios jurídicos distintos del de legalidad.

Si en el ordenamiento jurídico no hubiese otro principio que el de legalidad, habría que sancionar siempre a los reglamentos ilegales con la invalidez, más exactamente, con la nulidad. Pero lo cierto es que también otras normas y principios distintos de aquél forman parte del Derecho y que ellos piden a veces la validez de un reglamento ilegal. Podría traerse aquí el símil utilizado por MOENCH para criticar el dogma de la nulidad de las leyes inconstitucionales: a la hora de aplicar un remedio para el dolor de cabeza no hay que atender únicamente a los efectos que dicho remedio puede tener sobre la cabeza, sino también a los que pueda producir sobre el corazón, el riñón y los demás órganos del cuerpo¹⁹. Como pone de relieve este autor, el mencionado dogma de la nulidad deduce las consecuencias jurídicas de la inconstitucionalidad de las leyes sin atender al conjunto del sistema que forma la Constitución, sino sólo al precepto constitucional infringido²⁰. En efecto, el dogma de la nulidad de las normas ilegales sirve muy bien al principio de legalidad, pero se olvida de dar satisfacción a otros principios y valores jurídicos —v. gr., el de seguridad— que también gozan de rango constitucional. El Derecho entero es un sistema de normas²¹ y será la

aplicación sistemática del ordenamiento la que determine si hay que sancionar con la validez o la invalidez a un reglamento ilegal.

Lógicamente, el principio de legalidad tendrá tanto más «peso» en esta ponderación cuanto mayor sea la gravedad de la ilegalidad en la que incurre el correspondiente reglamento. Un acto sólo puede ser legal o ilegal, o se ajusta al ordenamiento jurídico o no se ajusta, *tertium non datur*²². Ahora bien, deducir de esto último, como hace Kelsen, que todas las ilegalidades merecen la misma valoración objetiva²³, es totalmente errado. Sostiene este autor que una conducta merece un juicio de valor subjetivo «bueno» o «malo» según se ajuste, o no, a un deseo o voluntad de uno o de muchos hombres y un juicio de valor objetivo según se corresponda, o no, con una norma objetivamente válida. Como esta última relación de correspondencia no admite gradación —un acto es legal o ilegal y no cabe una tercera posibilidad—, tampoco la admite aquel juicio de valor objetivo²⁴. Lo erróneo de este planteamiento queda de manifiesto desde el momento en que se advierte que es posible —en verdad, es frecuente— que una conducta no deba ajustarse a una sola norma, sino a varias que, incluso, pueden tener distinto rango jerárquico²⁵, y proteger bienes que no tienen todos el mismo valor en un ordenamiento jurídico²⁶. Un acto administrativo dictado fuera del plazo fijado legalmente, por órgano manifiestamente incompetente, prescindiendo totalmente del procedimiento legal y lesivo de un derecho fundamental, es objetivamente «peor» que otro aquejado sólo del vicio mencionado en primer lugar. Este juicio de valor es objetivo porque se deduce de la relación de dichos actos con el Derecho y no del deseo o voluntad de la persona que lo formula. Interesa destacar, pues, que un mismo acto —v. gr., una disposición reglamentaria— puede infringir el ordenamiento jurídico de varias maneras y que es posible que estas infracciones merezcan una valoración jurídica diferente. Se comprende que el Derecho reaccione de diverso modo ante la distinta gravedad de cada una de las ilegalidades en las que puede incurrir un reglamento.

¹⁶ La STS de 27-6-1989 (Ar. 4717) declara válido un acto dictado con infracción de cierto plazo, pero reconoce que la Administración debe indemnizar a los ciudadanos lesionados por el retraso.

¹⁷ Vid. los arts. 28.5 y 42.7 LPC y 52 RPRA.

¹⁸ Vid. los arts. 63.3 y 28.3 LPC y 76 LBRL; NIETO GARCÍA, «Estudio...», cit., pp. 19 y 20 y 25 y ss. En sentido similar, MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 59 y ss.; PAPIER, *Der verfahrensfehlerhafte...*, cit., p. 16, que defiende que determinados vicios de forma del acto administrativo no deben conllevar su invalidez.

¹⁹ MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., p. 129.

²⁰ *Ibidem*, pp. 117 y 118.

²¹ Al respecto, vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 507 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 289 y ss.

²² En este sentido, Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 34; OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 2810, y la STC 233/1999, de 16 de diciembre (FJ 12), que afirma que «resulta impropio hablar de grados o niveles de inconstitucionalidad». Dice MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 2, que la ilegalidad es el reflejo negativo de la legalidad.

²³ Kelsen, *Teoría...*, cit. p. 34.

²⁴ *Ibidem*, pp. 30 y ss.

²⁵ Como dice Díez-Picazo, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 123, «lo característico de un sistema de fuentes basado en el principio de jerarquía es que no todos los tipos normativos tienen un mismo valor».

²⁶ El que no todos los valores protegidos por las normas tienen el mismo valor ya lo muestra el art. 1 CE que habla de los «valores superiores del ordenamiento jurídico».

3. PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LOS QUE PUEDE FUNDAMENTARSE LA VALIDEZ DE UN REGLAMENTO ILEGAL

Principios generales del Derecho como los de seguridad, buena fe, proporcionalidad o conservación justifican en determinadas circunstancias la validez de un acto jurídico²⁷ y, por tanto, también la de una disposición reglamentaria. Esta idea inspira el artículo 106 LPC, que protege los actos administrativos ilegales frente a los poderes de revisión de la Administración cuando así lo exija la equidad o la buena fe.

A) *El principio de conservación*

Resulta interesante contemplar el reciente y casi simultáneo «descubrimiento» de que ha sido objeto este principio por parte de iusadministrativistas españoles y alemanes. Las circunstancias que han rodeado a dicho fenómeno son en estos dos países muy distintas, pero en ambos casos se pone de relieve que el principio de conservación, al que no se le había prestado hasta hace bien poco la debida atención, es una de las claves esenciales de la validez de los actos jurídicos en general y en particular de los actos administrativos²⁸.

a) Contenido

HOPPE, el artífice de la elaboración dogmática de este principio en el Derecho alemán, es consciente de que su propia construcción adolece de ciertas inexactitudes²⁹. Se sabe que dicho principio existe, y cuáles son sus manifestaciones, pero no acaba de precisarse muy bien en qué consiste y cómo funciona³⁰.

BELADIEZ ROJO nos ofrece una construcción mucho más depurada que la anterior de este principio, llamado también *favor acti*³¹, que «garantizaría la conservación de todos aquellos actos que —con independencia de las posibles

²⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 63 y ss.

²⁸ Vid. NIETO GARCÍA, «Estudio...», cit., pp. 9 y 10. En Alemania, JARASS, «Aktuelle...», cit., p. 801, resalta la creciente importancia de este principio.

²⁹ HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», *Abwägung im Recht*, 1996, p. 156.

³⁰ Según HOPPE, ibídem, pp. 137 y 138, el principio de «conservación del plan» reza: «Cuando los intereses existentes en la conservación de un plan predominan y ningún principio constitucional de mayor peso exige la restitución de la legalidad, el dogma de la nulidad puede quedar total o parcialmente desplazado, de modo que el vicio [que sufre el plan] sea irrelevante *in toto* o la consecuencia del vicio se limite de tal manera que en lugar de la consecuencia de la nulidad del plan se produzca una consecuencia de remoción del vicio, para la que hay que desarrollar un sistema diversificado de consecuencias de los vicios».

³¹ Vid., por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 636.

irregularidades en las que haya podido incurrir—, ..., satisfagan todos aquellos fines que la norma que lo regula pretendía alcanzar con su emanación»³². Resulta evidente que la conservación de un acto que satisface todas estas finalidades es valiosa o, lo que es lo mismo, tiene un valor para el Derecho; y ello, sencillamente, porque «la función última de todo ordenamiento no es otra que la de establecer un cauce adecuado para que los miembros de una determinada comunidad puedan conseguir aquellos fines que mejor satisfagan sus intereses, sin perjudicar por ello los de los demás, ... Así, en aquellos supuestos en los que se comete una ilegalidad, pero ésta no afecta a los intereses que la norma intenta proteger, la sanción que se otorgue a esa ilegalidad no debe ser la invalidez del acto, pues éste puede cumplir su finalidad, y por ello resulta valioso para el Derecho»³³.

La LPA de 1958, al regular la invalidez de los actos administrativos, contemplaba expresamente una serie de figuras jurídicas que —se ha dicho— encontraban su fundamento en el principio de conservación. No obstante, ni son todos los que están, ni están todos los que son. Según se irá viendo más adelante, de un lado, tenemos que algunas de esas figuras son expresión de principios distintos del de conservación y, de otro lado, resulta que hay manifestaciones del mismo que no están recogidas en dicha sede. Actualmente, los artículos 63 al 67 LPC contemplan:

En primer lugar, las llamadas «irregularidades no invalidantes»³⁴ o «vicios irrelevantes»³⁵ o «inoperantes»³⁶. Un acto jurídico puede padecer irregularidades que no tengan como consecuencia su invalidez. «El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados» (art. 63.2). Dicho de otra manera, han de considerarse válidos los actos que, pese a estar viciados, son capaces de satisfacer todas las finalidades que el ordenamiento jurídico ha pretendido alcanzar con su emanación.

En segundo lugar, se dispone que «la Administración podrá convalidar los actos anulables subsanando los vicios de que adolezcan» (art. 67.1). Si el vicio que determina la invalidez de un acto se «repara» o «subsana», de modo que dicho acto puede ahora satisfacer todas las finalidades que le marca el ordenamiento jurídico, dicho acto habrá adquirido validez, se habrá convalidado, y sus efectos serán protegidos por el Derecho³⁷.

³² BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 70. En sentido similar, CARRETERO PÉREZ, «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo», *RAP*, 65, 1971, pp. 124 y 128.

³³ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 68.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 637.

³⁵ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, p. 181.

³⁶ GARCÍA-TREVILJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 416.

³⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 236.

También se regula la conservación de aquellos trámites independientes de aquel cuya omisión o carácter defectuoso determina la invalidez del correspondiente acto (en los arts. 64.1 y 66).

En cuarto lugar, se establece que «la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado» (art. 64.2). Se dice que esta figura se fundamenta en el principio de conservación porque se conserva aquella parte del contenido del acto capaz por sí misma de cumplir los fines y requisitos que le fija el Derecho y sólo la parte restante debe ser eliminada³⁸.

La LPC también regula la llamada «conversión» de los actos administrativos: los actos inválidos «que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de éste» (art. 65).

El principio de conservación fundamenta, así mismo, la regla, no recogida por la LPC, según la cual deben escogerse los significados de una norma jurídica compatibles con el ordenamiento jurídico y excluirse los contrarios al mismo cuando aquella sea susceptible de diversas interpretaciones. Dicha regla encuentra un reflejo en el artículo 5º.3 LOPJ que dispone que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

b) Incidencia del principio de conservación sobre la validez de los reglamentos ilegales

No cabe duda de que las reglas a las que se acaba de hacer referencia, constituyan o no manifestaciones del principio de conservación, forman parte del régimen jurídico de los reglamentos ilegales. No encontramos ninguna razón por la que los reglamentos deban ser los únicos actos jurídicos respecto de los cuales el principio de conservación no resulta aplicable, ni siquiera la circunstancia de tratarse de actos de carácter normativo.

Y es que de vez en cuando se oyen afirmaciones —no acompañadas de argumentos— tales como que no cabe hablar de irregularidades no invalidantes de las normas jurídicas³⁹ o que es imposible aplicar a éstas la teoría de la convalidación y de la conversión⁴⁰. No compartimos estas opiniones. No hace mucho, una constitucionalista se adhería a la opinión de algunos autores extranjeros y señalaba la necesidad de adaptar estas técnicas, aplicadas

³⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 279 y ss.

³⁹ CAAMAÑO, *El control...*, cit., p. 111 y 112.

⁴⁰ BERMEJO VERA, *La publicación...*, cit., p. 94. La STS de 23-9-1999 (Ar. 6593) dice que «la convalidación sólo es predicable de los actos administrativos, pero no de las normas».

desde hace tiempo a los actos administrativos, procesales y privados, al tratamiento de las normas legales viciadas en su procedimiento, y admitir así la posibilidad de que las leyes padezcan irregularidades «irrelevantes» o sean «sanadas»⁴¹. Y no olvidemos que el «descubrimiento», elaboración dogmática y posterior consagración legislativa del principio de conservación en el Derecho alemán se ha producido en relación con los planes urbanísticos, que allí como aquí son normas reglamentarias, con sus características específicas, pero reglamentos al fin y al cabo.

La mejor prueba de que aquellas reglas en las que se manifiesta el principio de conservación forman parte del régimen jurídico de los reglamentos ilegales es que las mismas vienen siendo aplicadas constantemente y con toda normalidad, como iremos viendo a lo largo de nuestro trabajo.

B) El principio de seguridad jurídica

a) Contenido

Diversas son las opiniones acerca del concepto y del contenido del principio de seguridad jurídica⁴². Resulta aconsejable partir de una concepción amplia del mismo e identificarlo con lo que algún autor llama paz. Este principio exige la adopción de las medidas necesarias para que una sociedad se conserve, mantenga y perdure⁴³.

Algunos autores hablan de dos aspectos de la seguridad jurídica, uno objetivo y otro subjetivo⁴⁴. El segundo no sería otra cosa que el reflejo en las situaciones personales del primero⁴⁵.

PÉREZ LUÑO estima que, en su aspecto objetivo, la seguridad exige la corrección estructural y funcional de lo jurídico. En primer lugar, dicho principio requiere la disposición y formulación regular de las normas e instituciones que integran un sistema jurídico⁴⁶. Aquí incluye el autor las exigencias de publicidad⁴⁷ y claridad de las normas⁴⁸, de plenitud del ordena-

⁴¹ BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., pp. 119 y ss.

⁴² Así lo advierte, PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 1994, pp. 28 y ss., que habla de un «concepto jurídico inseguro».

⁴³ GUASP, *Derecho*, cit., pp. 304 y ss. y 313 y ss.

⁴⁴ GUASP, *Derecho*, cit., pp. 315 y ss.; PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, pp. 29 y 30.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., p. 30.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 31. PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, 1997, pp. 44 y ss., estudia las exigencias de este principio en el ámbito de la producción de normas jurídicas.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., 32. Sobre la conexión entre la publicidad de las normas y el principio de seguridad jurídica, *vid.* la STC 179/1989, de 2 de noviembre (FJ 2).

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., p. 32 y 33. *Vid.*, también, la STC 46/1990, de 15 de marzo (FJ 4), que anula una Ley porque ésta había «infringido también el principio

miento jurídico, de la reserva a la ley —en cuanto norma general y abstracta⁴⁹, emitida por el parlamento— de la definición de los aspectos básicos de la posición jurídica de los ciudadanos, de jerarquía de las normas, de la calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos, de la estabilidad y permanencia del Derecho⁵⁰. En segundo lugar, la seguridad garantiza el cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y la regularidad de la actuación de los órganos Estatales encargados de su aplicación. En este sentido, dice el autor que el principio de legalidad y, en definitiva, las reglas y principios que definen a un Estado de Derecho, no serían otra cosa que manifestaciones de la seguridad jurídica⁵¹.

GUASP, habla de una paz impeditiva y de otra retributiva o represiva. La primera fundamenta las figuras jurídicas que se orientan a evitar la producción de acaecimientos que puedan poner en peligro la conservación del ente social. «Su receta elemental es, a la vez, la más simple y tosca de las que puedan imaginarse: para que nada se ponga en peligro, que nadie haga nada»⁵². La segunda presta fundamento a las figuras jurídicas que tratan de borrar o extirpar las conductas o sucesos que ponen en peligro la quietud normal de una sociedad, «justifica la reacción eliminadora de una sociedad contra los fenómenos que arriesgan su normal conservación»⁵³. Como puede apreciarse, este autor también incluye entre las manifestaciones de la seguridad jurídica al que nosotros llamamos principio de legalidad, en cuanto que éste exige una reacción frente a las infracciones del ordenamiento jurídico.

Entre la doctrina alemana también se distingue entre estos dos grandes «componentes» de la seguridad jurídica [en su aspecto objetivo]. De un lado, se habla de la «seguridad de orientación», que exige una regulación de los comportamientos clara, inequívoca, dotada de continuidad. Esta seguridad disminuye, por ejemplo, en tiempos de inflación normativa o cuando se producen cambios demasiado rápidos en el ordenamiento jurídico. De otro lado, tendríamos la «seguridad de realización» que exige que normas y actos jurídicos sean observados y ejecutados⁵⁴.

de seguridad jurídica..., al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable...».

⁴⁹ La STC 70/1991, de 8 de abril (FJ 7), señala como «la generalidad de la norma, y por ello distanciación [sic] en relación a casos particulares concretos, es una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad».

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., pp. 33 y 34.

⁵¹ *Ibidem*, p. 35. En este sentido, MAURER, «Abgestufte...», cit., p. 237, dice que la seguridad jurídica se garantiza sobre todo con la conformidad a Derecho de la actuación del Estado.

⁵² GUASP, *Derecho*, cit., p. 320.

⁵³ *Ibidem*, p. 321.

⁵⁴ ZUPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 1994, pp. 162 y ss.

En su faceta subjetiva, la seguridad jurídica se presenta como posibilidad de conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios, de modo que puedan «organizar su conducta presente y programar expectativas para su situación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad»⁵⁵. La seguridad subjetiva sería «un estado individual en el que los miembros sociales gozan de la tranquilidad que supone el hecho de la conservación y cuentan,..., con ella»⁵⁶. El llamado principio de protección de la confianza legítima no sería otra cosa que una manifestación de la seguridad jurídica en su dimensión subjetiva⁵⁷.

Queda fuera de toda duda la relevancia del principio general del Derecho que ahora consideramos. Se ha dicho que el de seguridad o paz y el de justicia constituirían los dos grandes principios —de naturaleza estática y dinámica, respectivamente— que fundamentarían todo el Derecho, que explicarían todas y cada una de las figuras jurídicas⁵⁸. Dentro del ordenamiento jurídico español, el principio que estamos considerando ocupa un lugar de la máxima importancia. Recordemos las acertadas opiniones de PÉREZ LUÑO en el sentido de que las reglas y principios jurídicos que definen al Estado de Derecho son manifestaciones de la seguridad jurídica⁵⁹. En cualquier caso, la Constitución equipara en su Preámbulo la seguridad a la justicia y libertad —valores superiores del ordenamiento jurídico—, y luego garantiza expresamente en su artículo 9.3 el principio de seguridad jurídica y algunas de sus manifestaciones, como la publicidad de las normas o la irretroactividad de ciertas

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., p. 30.

⁵⁶ GUASP, *Derecho*, cit., p. 315, que denomina seguridad al aspecto subjetivo de lo que él llama paz.

⁵⁷ Según MAURER, «Kontinuitätsgewähr...», cit., pp. 212 y ss., «la garantía de continuidad» y la «protección de la confianza», constituyen la faceta objetiva y subjetiva, respectivamente, del valor jurídico de estabilidad. La EM de la Ley 41/1999 afirma que este principio deriva del de seguridad jurídica. En el mismo sentido, CASTILLO BLANCO, *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, 1998, pp. 97 y ss. y 274 y ss., aunque dice que el principio de protección de confianza tiene siempre como «beneficiario» al ciudadano; PAREJO ALFONSO, en el *Prólogo* a este libro, p. 17; SAINZ DE RUBIALES, «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 2000, pp. 99 y ss. Sobre este principio, *vid.*, también, GARCÍA MACHO, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Libro homenaje al Profesor José L. Villar Palasí*, 1991, pp. 453-466.

⁵⁸ GUASP, *Derecho*, cit., pp. 298 y ss. IHERING, «La lucha por el Derecho», *Estudios jurídicos*, (trad. González Posada), 1974, p. 9, estima que «el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta» a la doble cuestión de la paz y de la lucha contra la injusticia, esto es, por la justicia.

⁵⁹ La GG no alude a la seguridad jurídica, pero la doctrina y el BVerfG entiende que dicho principio se contiene en la cláusula de Estado de Derecho establecida en el art. 19 GG. *Vid.* HESSE, *Grundzüge...*, cit., pp. 84 y ss.; BADURA, *Staatsrecht*, 1996, pp. 273 y ss.

disposiciones. Un magistrado del Tribunal Constitucional expresaba no hace mucho que este principio constituye el «soporte estructural de la tutela judicial efectiva» y el «marco esencial de las libertades públicas, que los ciudadanos no disfrutan cuando falta la seguridad jurídica»⁶⁰.

b) La actual revalorización de la seguridad jurídica en sus aspectos de certidumbre y de estabilidad

«En todo ordenamiento jurídico y en todas las figuras jurídicas que lo integran están presentes, en cierto modo, en mayor o menor medida, tanto paz como justicia»⁶¹. El principio de seguridad jurídica o de paz tiene un ámbito universal, la necesidad de seguridad es constante. Pero ello no quita que en cada concreta sociedad, según sus circunstancias propias, cada una de las manifestaciones de ese principio sea más o menos valiosa, y sus exigencias se satisfagan de diverso modo, igual que —si se nos permite el símil— la misma luz solar produce sombras distintas según se proyecte sobre un ciprés o sobre un manzano. Resulta lógico, pues, que los cambios sociales ocasionen, a su vez, cambios en la manera en la que se va a concretar el referido principio.

La complejidad creciente de las sociedades contemporáneas se refleja en el ámbito jurídico, muy especialmente en el Derecho público. Los sujetos con potestad normativa se han multiplicado, la tipología de las normas jurídicas se ha ampliado notablemente, éstas son cada vez más numerosas, y también más complejas, más cargadas de detalles técnicos, peor estructuradas, difíciles de entender no sólo para el «hombre de la calle» del que hablaba un conocido autor italiano⁶², sino también para los propios juristas. A ello habría que añadir la cada vez mayor frondosidad de la jurisprudencia y de la doctrina. Esta situación provoca a ciudadanos y poderes públicos una angustiosa situación de incertidumbre jurídica, de inseguridad a la hora de conocer cuál es el Derecho aplicable y de calcular cuáles son las consecuencias que van a tener sus comportamientos⁶³.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, en su voto particular a la STC 159/1997, de 2 de octubre, denegatoria del amparo.

⁶¹ GUASP, *Derecho*, cit., p. 307.

⁶² ROMANO, «El hombre de la calle. El hombre común», en *Fragmentos...*, cit., pp. 199 y ss.

⁶³ Un análisis similar en CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., pp. 59 y ss.; Díez-PICAZO, L., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*, 1987, pp. 77 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, 1999, pp. 47 y ss.; PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad...*, cit., *in toto*, esp. 18 y ss.; PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., pp. 63 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO, S., «De la simplificación de la Administración pública», *RAP*, 147, 1998, pp. 10 y ss.; RIVERO ORTEGA, «Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo», *RAP*, 146, 1998, pp. 85 y ss.; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, «El derecho...», cit., *in toto*.

A la vista de todas estas circunstancias, no es de extrañar que en la actualidad, al mismo tiempo que se describe y denuncia esta situación, haya aumentado el interés por la seguridad jurídica y la misma se haya revalorizado⁶⁴. La apreciación positiva de un bien aumenta cuanto mayor es la carestía del mismo⁶⁵. La actual preocupación doctrinal por la técnica normativa guarda una estrecha relación con la necesidad de proporcionar mayor seguridad y certeza⁶⁶, y lo mismo podríamos decir de la creciente atención que se dispensa a la informática jurídica⁶⁷. También desde el ámbito de la sociología se ha demostrado la utilidad y el valor de la confianza [proteger la confianza es generar seguridad] en sociedades tan incontrolablemente complejas como las actuales, pues la confianza es un medio que permite reducir la complejidad social y ampliar, de este modo, las posibilidades de acción y satisfacción del hombre⁶⁸. En fin, la estabilidad y la continuidad de las normas jurídicas se revelan cada día más valiosas; la necesidad de dar efectividad a dichos valores es apremiante.

La interpretación de las normas jurídicas ha de tener en muy en cuenta la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC). La interpretación de las normas integrantes del régimen jurídico de los reglamentos ilegales deberá ser guiada por las exigencias que plantea el principio de seguridad jurídica en nuestra sociedad. Un ejemplo de cómo estas exigencias ya están dejando sentir su influencia en otros controvertidos problemas relativos a la teoría del ordenamiento jurídico nos lo ofrece el trabajo del Profesor Luis M.^a Díez-PICAZO sobre la derogación de las leyes. Estima este autor que la mera incompatibilidad del contenido de una ley con el de otra posterior sólo determina que la ley anterior sea inaplicable y vea sus efectos suspendidos; aquí no se produciría un verdadero efecto derogatorio. En

⁶⁴ Vid. las obras citadas en la n. anterior.

⁶⁵ En 1948, escribía RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, (la traducción se publica en 1974), p. 42, que «es posible que durante aquel periodo de paz extraordinariamente largo que duró desde 1871 a 1914, las gentes llegaran a cansarse de una seguridad y una estabilidad tan persistentes; nuestra experiencia es cabalmente la contraria, y ello nos enseña a medir y apreciar, hoy, en su verdadero valor, el bien de la seguridad jurídica».

⁶⁶ SAINZ MORENO, «Seguridad jurídica», *EJB*, 1995, t. IV, p. 6110, destaca «la importancia creciente de la técnica normativa y su concreción en directrices para la elaboración de las normas cuyo sentido no es otro que el de realizar el principio de seguridad jurídica». Los DDCE de 9-7-1992 (RDL 16) y 27-7-1995 (RDL 24) resaltan la importancia que tiene la técnica normativa para la seguridad jurídica.

⁶⁷ PÉREZ LUÑO, *La seguridad...*, cit., pp. 64 y ss., destaca el papel de la informática como posible solución a la crisis de información jurídica que padecemos.

⁶⁸ Vid. LUHMANN, *Confianza*, (trad. Flores y Rodríguez Mansilla), 1996, *in toto*, esp. pp. 39 y ss. Piénsese en la confianza en el dinero, en la verdad o en el poder político (pp. 81 y ss.).

consecuencia, la ley anterior sería otra vez aplicable y volvería a producir efectos jurídicos si se derogase expresamente la ley posterior incompatible con aquella. Esta tesis, que parece contradecir el tenor literal del artículo 2.2 CC, la justifica el autor en el principio de publicidad de las normas y en el de seguridad jurídica, en definitiva, en la cognoscibilidad de las normas jurídicas por parte de sus destinatarios⁶⁹: «El principio de la *lex posterior* ha experimentado una profunda mutación de significado en el Estado contemporáneo»⁷⁰. «En los ordenamientos liberales clásicos, la atribución del efecto derogatorio a la mera incompatibilidad no creaba grandes problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica,..., y ello, sencillamente, porque no existía inflación legislativa, de suerte que la detección de antinomias era una tarea relativamente sencilla». «Hoy en día,..., la legislación motorizada ha destruido estas bases conceptuales y axiológicas de la derogación por incompatibilidad entendida en su sentido clásico»⁷¹.

c) Incidencia de la seguridad jurídica sobre la validez de las disposiciones reglamentarias

La seguridad exige la estabilidad de las situaciones jurídicas. Las personas necesitan para orientar su vida obtener la seguridad o certeza de que los efectos que crean los actos jurídicos van a gozar de cierta estabilidad. «El hombre aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo»⁷². Ya el significado gramatical del adjetivo seguro —«firme, constante, y que no está en peligro de faltar o caerse»⁷³— resulta esclarecedor sobre el contenido del principio que ahora estudiamos. La seguridad se verá perjudicada, lógicamente, por la invalidez de un acto jurídico, puesto que los efectos creados por el mismo no tendrán garantizada su estabilidad por el Derecho, sino que, por el contrario, deberán ser eliminados.

GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaba en un clásico trabajo que si bien la seguridad jurídica de las relaciones concretas constituidas por los actos administrativos [singulares, se entiende] justifica que, en caso de ilegalidad, éstos queden sometidos, como regla general, al régimen de anulabilidad [y, por lo tanto, que adquieran validez por el transcurso de cierto tiempo], no sucede lo mismo con

los reglamentos. En este último supuesto no hay razones de seguridad que aconsejen sostener los efectos de los reglamentos ilegales; antes bien, este principio exige la eliminación rápida del reglamento ilegal cuya sola apariencia impone confusión y menoscaba la autoridad debida a las leyes⁷⁴.

En nuestra opinión, la idea de la que implícitamente parte esta afirmación es que la seguridad sólo exige la conservación o la estabilidad de las situaciones jurídicas concretas, que sólo han podido ser creadas por un acto singular. El reglamento, en cuanto que acto normativo, general y abstracto, estaría necesitado de individualización y concreción, de modo que no podría, por sí sólo, crear derechos y obligaciones, esto es, situaciones jurídicas cuya estabilidad deba protegerse. La seguridad jurídica podría justificar la conservación de un acto singular ilegal, pero nunca la de uno de carácter normativo.

No estamos de acuerdo con este planteamiento. La seguridad jurídica, en su vertiente de estabilidad, no es ajena al ámbito de las normas jurídicas. Precisamente, las amenazas que en la actualidad se ciernen sobre este principio, y a las que ya nos hemos referido antes, tienen lugar principalmente en el mundo de lo normativo.

El mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, para justificar que las leyes no deben ser anuladas cuando puedan ser interpretadas en consonancia con la Constitución, dice que «la anulación de una ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos»⁷⁵. La declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser evitada en la medida de lo posible. La llamada «interpretación conforme con la Constitución» vendría justificada por la necesidad de eludir la gran inseguridad que conlleva la anulación de una ley. Queda a la vista el valor que para la seguridad jurídica tiene la conservación de una norma de rango legal.

Similares consideraciones pueden hacerse en relación con las disposiciones reglamentarias. El procedimiento que debe observarse para emanar un reglamento es normalmente más ágil y rápido que el establecido para dictar una ley⁷⁶, pero el ejercicio de la potestad reglamentaria siempre lleva un tiempo, tanto más cuanto más compleja sea la disposición reglamentaria⁷⁷ o

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso...», cit., pp. 178-180.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, cit., p. 96.

⁷⁶ Ésta es una de las razones que tradicionalmente se aducen como justificación del poder reglamentario. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 177; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 239; JELLINEK, G., *Gesetz...*, cit., pp. 369 y 382; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 4, m. 12.

⁷⁷ Vid. el DCE 21-I-1993 (RDL 13), sobre el proyecto de cierto reglamento que acumulaba un retraso de más de tres años sobre el plazo marcado por la ley para su adopción.

⁶⁹ Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 315 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 325.

⁷¹ *Ibidem*, p. 326. Por cierto, HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 163 y ss., llega al mismo resultado a través de razonamientos similares.

⁷² COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, (trad. Mauri), 1961, p. 40.

⁷³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 1992.

más formalizado esté su procedimiento de elaboración⁷⁸. Y aquí hay que notar que parte de la doctrina aboga por una creciente formalización del mismo⁷⁹ y que esta tendencia se observa también en la jurisprudencia⁸⁰ y en la legislación⁸¹. La capacidad de la ley para incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos es mucho mayor que la del reglamento, por lo que la anulación de una ley podría decirse que es un suceso más grave para la seguridad jurídica que la de un reglamento, pero no podemos desconocer la extraordinaria importancia cualitativa de las disposiciones reglamentarias en los ordenamientos jurídicos actuales⁸², sobre todo en la regulación de ciertos ámbitos como el de la economía o el del urbanismo. En fin, la invalidez de estas disposiciones puede acarrear perjuicios para la seguridad jurídica. Conviene señalar cuáles son y cuándo se producen esos perjuicios.

a') La apariencia de validez de los reglamentos

La apariencia de validez de una norma inválida es un dato que condiciona decisivamente su régimen jurídico. Cuando un reglamento tiene una apariencia tal, su invalidez perjudica a la seguridad jurídica.

a'') Noción

La apariencia de una cosa es su «aspecto o parecer exterior», aunque también se utiliza esta palabra en el lenguaje corriente para designar a una cosa «que parece y no es», o como sinónimo de «verosimilitud, probabilidad»⁸³. Que una norma jurídica tiene apariencia de validez quiere decir que parece que es válida, que tiene el aspecto exterior de validez, aunque no lo sea.

debido a «la complejidad de la materia y al largo proceso que su elaboración ha requerido».

⁷⁸ La Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística, dice en su preámbulo que la elaboración de los planes urbanísticos es «lenta», lo que «siembra incertidumbres en la inversión». MELÁN GIL, «La dimensión temporal de la ordenación urbanística», *RDU*, 1995, pp. 900 y ss., critica la excesiva duración del procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos.

⁷⁹ Vid. BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 165 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RVAP*, 34 (II), 1992, pp. 43 y 44; TRAYTER JIMÉNEZ, *¿Son nulos...*, cit., pp. 23 y ss.

⁸⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, *Función...*, cit., p. 133 y ss., advierte la tendencia jurisprudencial a la expansión del concepto de reglamento ejecutivo y, con ella, de los supuestos en los que procede el mencionado dictamen; vid., también, ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., pp. 18 y ss. Recordemos también que la línea jurisprudencial que afirmaba el carácter preceptivo del trámite contemplado en el art. 130.4 LPA acabó por imponerse.

⁸¹ Compárense, por ejemplo, los arts. 129 y ss. LPA y el art. 24 LG.

⁸² Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 687 y 688.

⁸³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 1992.

Cabe hablar de la mencionada apariencia en un sentido potencial — resulta razonable pensar que la norma podría ser considerada válida por alguien — así como en un sentido efectivo o actual — la norma ha sido ya tenida por válida por alguna persona —.

La causa que determina que una norma inválida pueda gozar de cierta apariencia de validez es la dificultad de saber con exactitud y certeza si una norma es válida o inválida⁸⁴. Mientras no se pronuncie al respecto un Tribunal mediante una sentencia firme con efectos *erga omnes*, persiste la duda y la incertidumbre sobre este punto.

b'') Apariencia de validez y presunción de validez de los reglamentos

El artículo 57.1 LPC dispone que «los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten...». Algunos autores afirman que las leyes y, en general, todo acto de los poderes públicos goza de una presunción de validez⁸⁵. Se dice que toda la teoría de la invalidez de los actos administrativos «está penetrada por esta presunción de validez»⁸⁶, y cierto autor basa su ambiciosa teoría sobre la pérdida de validez de las normas jurídicas en que éstas, siempre que reúnan ciertas condiciones mínimas, se presumen válidas *iuris tantum*⁸⁷. No obstante, un sector de la doctrina, al cual nos sumamos, estima que esta idea de la presunción de validez debería ser desechada⁸⁸.

Se ha afirmado que el hecho de que la Administración y el legislador actúan por regla general con arreglo a Derecho justifica esta presunción⁸⁹. Sin embargo, no creemos que este dato —por cierto, no demostrado⁹⁰— pueda por

⁸⁴ HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 61 y ss., estima que la «presunción de validez de las leyes» descansa en la incertidumbre que durante un tiempo se produce acerca de su validez o invalidez.

⁸⁵ Vid., entre otros, DIEZ-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 150; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, 2000, p. 126. Respecto de las leyes, CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 258; DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 148 y 149; BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 111 y ss.; HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 58 y ss.; OSSENBUHL, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», *DV*, 1969, pp. 402 y ss. Según PARADA VÁZQUEZ, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 145 y 146, esta presunción es propia de todos los actos jurídicos, incluso de los emanados por los particulares.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 602.

⁸⁷ HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 58 y ss.

⁸⁸ Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto...*, cit., pp. 413 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 447 y 448; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 214 y 215; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 48, m. 5.

⁸⁹ HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., p. 75.

⁹⁰ Afirma GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 447, que «es contra toda razón presumir la validez de los actos administrativos cuando con toda normalidad los

si sólo justificarla. Tampoco el hecho hipotético de que los ciudadanos procesados fuesen en la mayoría de los casos finalmente condenados fundamentaría una presunción de culpabilidad de los mismos. Otros autores consideran que la legitimidad democrática del legislador y la Administración, la confianza que merecen ambos poderes, justifica dicha presunción⁹¹, pero tampoco se observa una relación lógica entre esa legitimidad y dicha presunción. La legitimidad democrática del legislador y de la Administración justifica que se les otorgue respectivamente las potestades de dictar leyes y actos administrativos, pero no el que haya de presumirse que las unas y los otros son válidos.

Los autores que defienden la existencia de esta presunción estiman que, para que la misma opere, «el acto del que se presume la validez ha de estar rodeado de una mínima apariencia que permita siquiera identificarlo como tal».⁹² HECKMANN, por ejemplo, considera que sólo se presume la validez de una norma jurídica cuando concurren en ésta ciertas condiciones mínimas cuya existencia es fácil de comprobar por cualquier operador jurídico: básicamente las de su promulgación y publicación⁹³. Pero, ¿por qué sólo se presume la validez de los actos aparentemente válidos? En realidad, lo decisivo para que un acto inválido acabe produciendo efectos es, sencillamente, su apariencia de validez, que dicho acto le parezca válido a la persona con capacidad para hacer efectivo lo dispuesto en el mismo⁹⁴.

Algunos autores dicen que el efecto sustancial de esta presunción es la imposición al particular de la carga de recurrir el acto si quiere frenar su eficacia⁹⁵. Pero, para este viaje no se necesitan tales alforjas. Para que la Administración cumpla eficazmente sus funciones le basta con las potestades que tiene otorgadas de crear, modificar o extinguir unilateralmente situaciones jurídicas y de llevar a efecto dichas situaciones de forma coactiva sin

poderes públicos actúan tantas veces, y sin empacho alguno,..., desligados de la ley y el derecho».

⁹¹ Respecto de las leyes, DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 148 y 149; BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., p. 111; OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., pp. 402 y ss. Respecto de cualquier norma jurídica, HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 75 y 118 y 119.

⁹² PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 721. Dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 568 y 569, que «para que esta validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad». MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 268, afirma que esta presunción «exige la existencia de, al menos, una apariencia de acto administrativo».

⁹³ HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 77 y ss. y 132 y ss.

⁹⁴ Recuérdese la afirmación de SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 172: «Todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia...».

⁹⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 568; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 268; PAREJO ALFONSO, *Manual...*, cit., t. I, p. 722.

necesidad de colaboración judicial⁹⁶. No hace falta recurrir al «artificio conceptual» de la presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos para explicar, primero, que la Administración puede imponer unilateralmente efectos jurídicos y, en su caso, ejecutarlos forzosamente; y segundo, que los ciudadanos se vean obligados a impugnar ante los Tribunales los actos administrativos inválidos que les afecten para evitar la adquisición de validez de los mismos por el transcurso del tiempo —caso de los actos anulables— o la eficacia fáctica de dichos actos debida a su ejecución forzosa⁹⁷. Algo parecido sucede con la vieja explicación de origen medieval que se refleja en el artículo 1251 CC según la cual el valor jurídico de cosa juzgada propio de las sentencias firmes se fundamenta en la presunción *iuris et de iure* de veracidad de las mismas, tesis superada en la actualidad⁹⁸.

Otros autores estiman que esta presunción determina que la persona que impugna un acto administrativo corre con la carga de la prueba en el proceso en el que se discute su validez⁹⁹. Desde luego, este desplazamiento de la carga de la prueba resulta inadmisibles en el caso de los actos de carácter sancionador donde rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁰⁰, pero lo mismo podría decirse con carácter general respecto de cualquier acto administrativo. En el proceso contencioso-administrativo rigen las mismas reglas propias de todos los procesos civiles sobre la distribución de la carga de la prueba: en principio, cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que le favorece y ha de sufrir el fracaso de esa prueba¹⁰¹. La referida presunción de validez no altera esta regla general. Ésta es la doctrina que ha terminado por imponerse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰².

Hay quien estima que esta presunción supone que la norma que se presume válida ha de ser tenida por tal mientras no se declare formalmente

⁹⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 447.

⁹⁷ Señala SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 214, que dicha presunción «nace como un artificio conceptual para justificar la imperatividad de los actos administrativos...», así como la persistencia de su eficacia en tanto no fuera declarada su invalidez por otro acto o por una sentencia judicial».

⁹⁸ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Varona Vilar), 2000, t. II, p. 462.

⁹⁹ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, p. 148.

¹⁰⁰ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 16-7-1994 (Ar. 5939), 13-2-1995 (Ar. 2670) y 17-10-1995 (Ar. 7221), que anulan las sanciones impugnadas debido a la falta de una «prueba mínima de cargo».

¹⁰¹ Vid. el art. 1214 CC y ORTELLS RAMOS, MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, *El proceso contencioso-administrativo*, 1998, pp. 119 y 120; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 267.

¹⁰² Vid. PIÑAR MAÑAS, «Eficacia de los actos administrativos», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dirs. Santamaría Pastor y Parejo), 1989, pp. 298 y 299, y la STS de 11-10-1993 (Ar. 7552).

su invalidez, esto es, hasta que no se la anule¹⁰³. Las normas ilegales presuntamente válidas vendrían sancionadas con la anulabilidad, entendida en el sentido tradicional y que nosotros no compartimos: serían válidas y obligatorias mientras no sean anuladas por el órgano competente. Tampoco puede admitirse dicha consecuencia en nuestro Derecho, ni siquiera en el caso de las leyes: el que los Juzgados y Tribunales ordinarios no sean, en principio, competentes para inaplicar por sí solos las leyes inconstitucionales no implica que éstas sean válidas hasta que el Tribunal Constitucional las anule¹⁰⁴. Si hasta entonces hubiera que considerarlas válidas, dichos órganos jurisdiccionales estarían obligados a aplicarlas. Sin embargo, no lo están. Lo que deben hacer cuando estiman que una ley aplicable al caso del que conocen infringe la Constitución es plantear una cuestión de inconstitucionalidad y aguardar la resolución de la misma. En segundo lugar, hay que señalar que en los supuestos en los que una ley no anulada infringe el Derecho comunitario, los Juzgados y Tribunales ordinarios sí pueden inaplicarla¹⁰⁵. Además, éstos también deberían ser competentes para inaplicar una ley inconstitucional no anulada en el supuesto extremo de que ésta se autoexcluyese del control jurisdiccional¹⁰⁶ prohibiendo la interposición de recursos o el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra sí misma. Admitir que esa ley deba ser considerada válida y obligatoria mientras no se pronuncie al respecto el Tribunal Constitucional —pronunciamento que en tal caso se habría vuelto imposible— conduciría a resultados inaceptables en nuestro Derecho, donde la Constitución es la norma jurídica suprema. En cuarto lugar, las Salas del Tribunal Constitucional pueden inaplicar una ley inconstitucional aún no anulada por el Pleno de ese mismo Tribunal¹⁰⁷. Por último,

¹⁰³ En relación con las leyes, CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 249, que dice que hasta entonces «no puede desconocerse la obligatoriedad de sus contenidos y su acatamiento»; en sentido similar, p. 275. Curiosamente, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 382, que rechaza la presunción de validez, realiza también esta afirmación. En la doctrina alemana, vid. HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 58 y ss., esp. pp. 99 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., p. 143.

¹⁰⁴ BACHOF, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz», *AöR*, 87, 1962, pp. 25 y ss.; HALL, «Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung», *DÖV*, 1965, p. 555.

¹⁰⁵ Vid. la STJCE de 9-3-1978 (*Simmenthal*, 106/77) y la STC 28/1991, de 14 de febrero (FFJJ 5 y 6).

¹⁰⁶ En una ocasión, el Tribunal Constitucional austríaco no pudo enjuiciar la constitucionalidad de cierta ley inconstitucional debido a que él mismo, como consecuencia de dicha norma, quedaba incapacitado para adoptar decisiones y a que en el Derecho austríaco las leyes inconstitucionales se consideran válidas mientras no sean anuladas (*apud* BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, 1982, p. 244, n. 38).

¹⁰⁷ Vid. el art. 55.2 LOTC.

la Administración puede y debe inaplicar las leyes inconstitucionales todavía no anuladas. La Administración actúa con sometimiento al ordenamiento jurídico y en caso de antinomia entre la Constitución y una ley debe aplicar la primera por ser jerárquicamente superior. Para resolver esa antinomia, la Administración no está obligada a plantear una «cuestión de inconstitucionalidad», es más, tampoco le está permitido¹⁰⁸. Dicha obligación, por lo demás, no se ajustaría a las exigencias de la realidad¹⁰⁹. Todos estos supuestos no los puede explicar la tesis de la anulabilidad —entendida en un sentido tradicional— de la ley inconstitucional¹¹⁰.

Con mayor razón hay rechazar dicha tesis en el caso de las disposiciones reglamentarias. Todos los Tribunales, sin excepción, pueden y deben inaplicar los reglamentos inválidos y lo mismo cabe decir de las Administraciones públicas. Por su parte, los administrados no tienen obligación alguna de ajustar sus conductas a lo dispuesto en un reglamento inválido y, por consiguiente, no pueden ser sancionados por dicho incumplimiento¹¹¹.

En conclusión, las disposiciones reglamentarias no se presumen válidas, si bien pueden gozar de una cierta apariencia de validez.

c') La eficacia de las normas aparentemente validas

En ocasiones, la norma jurídica, «aún desprovista de validez, posee la apariencia externa de norma y, por ello, una cierta inercia o tendencia a surtir los mismos efectos que si fuera válida»¹¹². Se trata de efectos que se producen en el mundo de los hechos.

¹⁰⁸ Como dicen ALMAGRO NOSETTE y SAAVEDRA GALLO, *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 1989, p. 216, «ni la CE ni la LOTC dejan... lugar a dudas sobre este particular. Sólo los órganos jurisdiccionales están autorizados para promover la cuestión de inconstitucionalidad».

¹⁰⁹ Nos remitimos a las razones expuestas *infra*, IX.3.A).c), que justifican la competencia de la Administración para inaplicar los reglamentos ilegales. Al respecto *vid.*, entre otros, ABELEIN, «Die Prüfung von Gesetzen durch die Verwaltung», *BayVBl*, 1967, pp. 145-150; BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., pp. 1-48; MICHEL, «Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt», *NJW*, 1960, p. 841-846, que estiman que la Administración es competente para inaplicar las leyes inconstitucionales, y HALL, «Die Prüfung...», cit., pp. 553-564; HOFFMANN, «Die Verwaltung...», cit., pp. 194-205, que sostienen la postura contraria.

¹¹⁰ Obsérvense las dificultades con las que HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 116 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., p. 159, se topan para intentar justificar el que una norma válida deba ser inaplicada.

¹¹¹ Vid. *supra*, II.2, respecto de los órganos jurisdiccionales, e *infra*, IX.3.A).c) respecto de la Administración y los ciudadanos.

¹¹² SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 382.

Algunos autores han notado que una ley inconstitucional puede desplegar diversos efectos reales en el mundo social¹¹³. Es posible que haya condicionado, motivado y configurado una multitud de acontecimientos sociales, que se haya convertido en un «pedazo de historia»¹¹⁴. Los ciudadanos destinatarios de una «ley aparente», lo mismo que las autoridades que tenían que aplicarla, pueden haber confiado en la misma como constante de sus comportamientos, actuaciones y decisiones. En estos casos, la anulación [léase invalidez] de la ley defraudaría esa confianza y despojaría a dichos comportamientos y actuaciones de su «punto de referencia jurídico»¹¹⁵. La confianza generada por una ley inconstitucional es un *hecho* que el ordenamiento jurídico no puede desconocer.

El que una norma reglamentaria tenga cierta apariencia de validez determinará que las personas que la consideren válida—aquí puede incluirse a la Administración que la ha dictado¹¹⁶ y a los Tribunales que la apliquen indebidamente—orienten y ajusten sus conductas a lo dispuesto en ella. Incluso puede ocurrir que las personas que opinen que la norma es inválida o que alberguen dudas al respecto se comporten del modo previsto en la misma porque juzguen que no merece la pena arriesgarse a recurrirla al contar con la posibilidad de que los Tribunales desestimen su recurso. Lo mismo que las leyes, los reglamentos pueden influir, orientar y determinar numerosas actuaciones. Pensemos, por ejemplo, en la intensa modificación de la realidad a la que puede haber dado lugar un plan urbanístico, aun inválido, como en alguna ocasión ha reconocido el Tribunal Supremo¹¹⁷.

¹¹³ MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., pp. 125 y ss., aunque este autor no habla de posibilidad, sino que dice que es un hecho que las leyes producen estos efectos. En sentido similar TRZASKALIK, «Zu den Folgen, wenn das BVerfG Gesetze für nichtig erklärt», *DB*, 1991, p. 2255; BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte...*, cit., pp. 115 y ss., que acaba diciendo que estos efectos reales son también efectos jurídicos de la ley (p. 117); CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., pp. 243, 257 y 258; PIBERNAT DOMÉNECH, «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *RJC*, 4, 1987, p. 151. HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 96 y ss., estima que producen estos efectos siempre que hayan sido promulgadas y publicadas (pp. 77 y 131 y ss.)

¹¹⁴ Vid. MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., p. 127.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 128 y 129.

¹¹⁶ Según PREUSCHE, «Zum Ändern und Ersetzen angefochtener Verwaltungsakte», *DVBl*, 1992, p. 798, «cuando un órgano dicta un acto administrativo, declara con ello que el caso concreto así y no de otro modo debe ser regulado conforme a Derecho». Ello—añade este autor—puede generar una confianza legítima de los destinatarios del acto en la subsistencia del mismo.

¹¹⁷ STS de 21-9-1987 (Ar. 7162), que estima válida la calificación como urbanos de ciertos terrenos que habían sido urbanizados en aplicación de un plan que luego sería anulado, pues «pese a tal anulación, el planificador no puede prescindir de la realidad urbana de dicho suelo»; luego añade que razones de seguridad jurídica apoyan la validez de esa calificación.

Los efectos que producen en el mundo de los hechos las normas reglamentarias aparentemente válidas, su pertenencia al *status quo*, hacen que la seguridad jurídica pida su validez. Cuanto mayor es el grado de eficacia real de una disposición reglamentaria, con mayor intensidad exige la seguridad jurídica su conservación.

Ahora bien, tanto la eficacia real de una norma como su apariencia de validez tienen carácter relativo. Lo que a un sujeto le parece obligatorio, a lo mejor no se lo parece a otro. Es posible que una norma sea considerada válida por algunas personas e inválida por otras. Según el número de personas que opinen o puedan opinar que la norma es válida o inválida podría hablarse de una mayor o menor apariencia de validez de la misma. Lo mismo cabría decir de la eficacia de una norma, esto es, del hecho de que sus destinatarios ajusten sus comportamientos a lo dispuesto por ella: algunos pueden haber actuado de conformidad con la norma y otros no¹¹⁸. Bien mirado, una norma que tenga una cierta apariencia de validez y que produzca algunos efectos reales, puede tener al mismo tiempo una cierta apariencia de invalidez y resultar en cierta medida ineficaz. La seguridad jurídica pedirá la conservación y validez de una norma en función de su apariencia de validez. Es tanto más digna de protección la confianza en la validez de un reglamento cuanto mayor sea su apariencia de validez.

d') Factores determinantes del grado de apariencia de validez de un reglamento

La medida en que una disposición reglamentaria goza de una determinada apariencia de validez depende de varias circunstancias:

Cuanto más evidente sea la ilegalidad de un reglamento, menores serán su apariencia de validez y la intensidad con la que la seguridad jurídica pida su conservación. La confianza de los ciudadanos en la invalidez de un acto administrativo ilegal merece mayor protección cuanto más groseros y patentes son los vicios de éste. Por la misma razón, la confianza en la validez de un acto es tanto menos digna de protección cuanto más clara y manifiesta resulta su ilegalidad. La evidencia de ciertos vicios de un acto administrativo justifica, por ejemplo, que en cualquier momento pueda la Administración rectificarlos¹¹⁹ sin que ello lesione la confianza que puedan haber depositado

¹¹⁸ «La validez social [lo que nosotros llamamos eficacia] de una norma es un asunto de grado» dice ALEXI, *El concepto...*, cit., p. 87.

¹¹⁹ Vid. el art. 105.2 LPC, que se refiere a «errores materiales, de hecho o aritméticos», equivalente al § 42 VwVfG, que con mayor acierto habla de «faltas de escritura, errores aritméticos u otras incorrecciones evidentes». Las SSTs de 9-3-1970 (Ar. 1440), 22-12-1983 (Ar. 6436), 25-2-1987 (Ar. 3369), 26-10-1989 (Ar. 1989), 5-3-1992 (Ar. 2135), 4-3-1995 (Ar. 2197), entre otras, han declarado que el error del que habla

ciertas personas en la subsistencia del acto¹²⁰. La evidencia de la ilegalidad depende en gran medida del elemento del reglamento al que afecta la misma.

El incumplimiento de los «requisitos externos de reconocibilidad»¹²¹ de las normas jurídicas es lo que en mayor medida les priva de apariencia de validez. Los requisitos de reconocibilidad de las disposiciones reglamentarias son en nuestro Derecho su publicación en el diario oficial previsto legalmente y el haber sido dictadas por el órgano competente para ello. Se trata de los requisitos mínimos que permiten a los operadores jurídicos identificar y aplicar estas disposiciones¹²². Los operadores jurídicos necesariamente deben verificar si las normas que se les aparecen como tales cumplen esas condiciones. Señalaba Kelsen que, aun en el caso de que se prohibiese a los Tribunales examinar la constitucionalidad de las leyes que debían aplicar, esta limitación solo sería posible hasta cierto grado puesto que aquéllos deberían comprobar, por lo menos, que la ley en cuestión se les presentaba como tal, esto es, que había sido publicada en el diario oficial y que había sido dictada por el órgano que tenía la potestad de legislar¹²³. Se trata, pues, de vicios que «están a la vista». Ello no quiere decir que el determinar si un reglamento sufre un vicio de incompetencia o uno que afecta a su publicación sea siempre una tarea sencilla, al alcance de cualquier «hombre de la calle». A veces, es una tarea difícil y complicada hasta para expertos juristas, como lo prueban, por ejemplo, las controversias doctrinales habidas en relación con la publicación de las ordenanzas locales¹²⁴ o con la potestad reglamentaria de los Ministros¹²⁵.

el art. 111 LPA —equivalente al 105.2 citado— ha de ser evidente, patente, manifiesto, notorio, cuya «corrección no obliga a resolver cuestiones discutibles u opinables, sino que ha de evidenciarse claramente».

¹²⁰ MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 4; SACHS, «§ 42», en *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, (dir. Stelkens, Bonk y Sachs), 1998, pp. 1137 y 1141.

¹²¹ Así los llama VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., p. 277.

¹²² Respecto de las leyes, Díez-Picazo, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 165 y 166, considera que estos requisitos son la «aprobación parlamentaria, sanción y promulgación regias, publicación». Heckmann, *Geltungskraft...*, cit., pp. 77 y ss. y 132 y ss., como vimos, considera que estos requisitos son la promulgación y la publicación de la norma. Biglino Campos, *La publicación...*, cit., p. 92, afirma que en nuestro Derecho hay que «considerar como prueba de la existencia de una ley su sola publicación en el Boletín Oficial del Estado», pero creemos que esta autora se refiere implícitamente a una norma que aparece adoptada por las Cortes.

¹²³ Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 278 y 279.

¹²⁴ Vid., por ejemplo, Lliet Borrell, «La publicidad de las normas de los planes urbanísticos, cuestión no resuelta», *RDU*, 1995, pp. 321-336.

¹²⁵ Vid., entre otros, Boquera Oliver, «Los órganos titulares de poder reglamentario», *RAP*, 47, 1965, pp. 79-93; Bravo Fernández de Araoz, «La titularidad de la potestad reglamentaria», *PJ*, 1, 1986, pp. 101-107. La STS de 1-7-1997 (Ar. 5826) reconoce que «la cuestión de quién tiene atribuida la potestad reglamentaria es ciertamente

Los de contenido se sitúan en el segundo lugar de la escala descendente de evidencia de los vicios de las disposiciones reglamentarias. Normalmente, se trata de ilegalidades que pueden descubrirse, con mayor o menor facilidad, simplemente a partir del texto publicado de la disposición. El último lugar en esta escala lo ocupan los vicios que afectan únicamente a la declaración de voluntad y que no constituyen requisitos externos de reconocibilidad del reglamento. Así, por ejemplo, los vicios de procedimiento y de la voluntad y la desviación de poder. Por regla general, estos defectos no «quedan a la vista», no pueden ser descubiertos a partir del texto publicado de la norma reglamentaria.

Cuanto mayor sea el grado de eficacia real que alcance un reglamento, mayor será su apariencia de validez. La apariencia de validez de una norma determina que los sujetos la apliquen y ajusten sus conductas a la misma, lo que, a su vez, hace que ésta aumente su apariencia de validez. El hecho de que la Administración y los Tribunales apliquen reiteradamente una disposición reglamentaria refuerza su apariencia de validez, hace que los ciudadanos confíen en que dicha disposición vale. Recordemos que uno de los principios que fundamenta una cierta vinculación de la Administración y de los Tribunales al precedente es el de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima¹²⁶. «La forma habitual de interpretar un precepto normativo crea una apariencia frente a los destinatarios del mismo y una confianza en su perduración que es obligado proteger»¹²⁷. Por ello, el paso del tiempo incide de manera decisiva sobre la apariencia de validez de los reglamentos. «Cuanto mayor es la distancia en el tiempo entre la entrada en vigor, la anulación y el enjuiciamiento de sus consecuencias [de tales disposiciones], mayor puede haber sido su aplicación, y por lo tanto también mayor la cuota de inseguridad que introduzca su anulación»¹²⁸.

Por último, y como ya ha quedado apuntado, el resultado de los procesos en los que se discute la validez de una norma administrativa influye en su menor o mayor apariencia de validez.

La mera pendencia de uno de estos procesos no puede considerarse decisiva, puesto que lo que caracteriza al proceso en su desenvolvimiento es

confusa en nuestro ordenamiento y tampoco ha tenido una solución pacífica en la jurisprudencia».

¹²⁶ Vid. Castillo Blanco, *La protección...*, cit., pp. 328 y ss. y 362 y ss.; Díez-Picazo, L. M.^a, «La doctrina del precedente administrativo», *RAP*, 98, 1982, pp. 12 y ss.; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso...*, cit., t. I, p. 72; Santamaría Pastor, *Fundamentos...*, cit., pp. 344 y 345; Villar Palasí, *Derecho...*, cit., p. 527.

¹²⁷ Santamaría Pastor, *Fundamentos...*, cit., p. 344.

¹²⁸ De Asís Roig, «El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos. (En torno a las consecuencias de la anulación judicial del Decreto de 20-12-1974)», *RAP*, 120, 1989, p. 254.

el estado de incertidumbre¹²⁹; durante el mismo no puede saberse con seguridad si el reglamento vale o no vale.

La simple aplicación o inaplicación judicial de una disposición reglamentaria inválida aumentará o disminuirá, respectivamente, su apariencia de validez, pero no despejará definitivamente la duda acerca de si la disposición es válida o inválida. Que un Juez inaplique un reglamento no quita que otro pueda aplicarlo, y viceversa, la aplicación de un reglamento no obsta a que posteriormente puede ser considerado inválido, inaplicado e, incluso, anulado.

La sentencia que desestima la pretensión de un ciudadano de anular un reglamento o la llamada cuestión de ilegalidad interpuesta contra el mismo tampoco produce efectos *erga omnes*¹³⁰. La declaración judicial de validez de un reglamento no impide que en otros procesos éste pueda ser considerado inválido, inaplicado y anulado¹³¹. Lo mismo sucede con las sentencias del Tribunal Constitucional que estiman que una ley es conforme con la Constitución¹³².

Otra cosa sucede con las sentencias firmes que anulan disposiciones generales. Se trata de resoluciones inatacables que producen efectos *erga omnes*: la disposición debe ser considerada inválida por todos. A partir de entonces, ya no cabe discutir su invalidez. Además, estas sentencias anulatorias, debido a que deben ser publicadas en el mismo lugar donde en su día lo fueron las disposiciones anuladas¹³³, borran prácticamente cualquier apariencia de validez que dichas disposiciones pudieran tener. Resulta lógico que el Derecho no proteja la confianza que un ciudadano pueda haber eventualmente depositado en la validez de un reglamento cuya anulación goza de esta publicidad.

¹²⁹ COUTURE (*apud* MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, 1991, t. II-1º, p. 433).

¹³⁰ Así se deduce, a *sensu contrario*, del art. 72.1 LJ.

¹³¹ *Vid.* el art. 26 LJ.

¹³² *Vid.* el art. 164.1 CE. A pesar del tenor literal de los arts. 29.2 y 38 LOTC, así lo estiman, BLASCO SOTO, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *REDC*, 41, 1994, pp. 35 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, *El valor...*, cit., pp. 71 y ss., 90 y ss., 248 y ss. y 262 y ss.; DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 287; EZQUIAGA GANUZAS, *La producción...*, cit., pp. 240 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 167 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, (con Rubio Llorente), 1998, pp. 70 y 82 y ss.

¹³³ *Vid.* el art. 72.2 LJ y la STS de 18-10-1997 (Ar. 8105), que ordena la publicación de la sentencia que anula una disposición en la misma sección del BOE donde en su día se publicó la disposición anulada.

b') *Perjuicios ocasionados a la seguridad jurídica por la invalidez de un reglamento aparentemente válido*

a') *Incertidumbre jurídica*

La invalidez de una disposición reglamentaria debe desembocar en su anulación o en su inaplicación. La anulación supone una alteración traumática del ordenamiento jurídico, lo que origina incertidumbre. Si el incesante cambio normativo instrumentado a través de la derogación dificulta el conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios, la incertidumbre, la oscuridad y la confusión se agravan cuando la modificación del ordenamiento se produce a través de la anulación de una norma ilegal, y ello se explica por diversas causas:

En el Derecho español, la publicidad del proceso de anulación de una norma y la del acto de anulación mismo han sido tradicionalmente mucho menores que la del procedimiento de su elaboración y la del texto reglamentario finalmente adoptado, lo que produce una gran inseguridad¹³⁴. Esto ha sido así, desde luego, en el caso de las sentencias que anulaban disposiciones reglamentarias inválidas, «cuya publicidad real [era] nula»¹³⁵. La LJ de 1998 ha intentado paliar estas deficiencias¹³⁶, pero está por ver que tanto el conjunto del proceso que concluye con la anulación de un reglamento, como la propia sentencia anulatoria gozan efectivamente de la misma publicidad que el procedimiento de elaboración del reglamento y el acto de adopción del mismo. Por ejemplo, de acuerdo con la citada Ley cabe anular una disposición reglamentaria sin que se emplace en el proceso, ni tan siquiera mediante un anuncio en un periódico oficial, a personas que habían participado en el procedimiento de elaboración de aquella y que pueden verse afectadas en sus derechos e intereses legítimos por la anulación¹³⁷.

También se genera incertidumbre acerca de las consecuencias que tendrá la anulación respecto de la composición del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, surge la duda de si las normas que el reglamento inválido derogó

¹³⁴ *Vid.* una crítica a la deficiente publicidad de la anulación de las normas en el Derecho español en SAINZ MORENO, «La publicidad de las normas», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, 1993, t. I, pp. 124, 129 y 143 y ss.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 145.

¹³⁶ La LJ ordena publicar: el anuncio de interposición de la demanda contra una disposición general (art. 47.2), la sentencia anulatoria (arts. 72.2 y 107.2), el planteamiento de la cuestión de ilegalidad (art. 124.2) y la suspensión de la vigencia de los reglamentos (art. 134).

¹³⁷ *Vid.* las críticas de GONZÁLEZ PÉREZ, en «El control...», cit., pp. 1547 y ss., y en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, pp. 674 y 689.

recobran, o no, su vigencia, problema sobre el cual la jurisprudencia no siempre se ha pronunciado en el mismo sentido¹³⁸.

En tercer lugar, habrá que resolver la controvertida cuestión de la incidencia que tiene la invalidez del reglamento sobre la validez de los actos dictados y situaciones jurídicas nacidas a su amparo¹³⁹. Dado el contenido general y abstracto de las disposiciones reglamentarias, pueden ser cientos o miles las situaciones y los actos afectados.

Cuando un órgano jurisdiccional inaplica una norma reglamentaria que considera inválida y no la anula, la inseguridad jurídica es todavía mayor que en el caso anterior. Como la inaplicación no tiene efectos *erga omnes*, se corre el riesgo de que tanto la Administración como otros Jueces y Tribunales estimen que dicho reglamento es legal y lo sigan aplicando. En este caso padecen, además de la certidumbre, la igualdad de los ciudadanos y su confianza en los Poderes públicos.

b'') La lesión de la confianza depositada en la aplicación del reglamento

Los ciudadanos llevan a cabo diversas actividades para intentar satisfacer sus intereses. Para obtener un rendimiento óptimo en dicho empeño, suelen organizar y planificar dicha actividad. Se marcan objetivos cuya materialización necesita la realización de múltiples actuaciones y, en ocasiones, el transcurso de un periodo de tiempo relativamente largo. La decisión de alcanzar cierto objetivo y de llevar a cabo un conjunto de actuaciones para lograrlo se adopta después de estudiar y ponderar toda una serie de circunstancias. A veces, esas circunstancias están por llegar y las personas orientan su actividad basándose en pronósticos sobre lo que acontecerá en un futuro, movidas por su confianza en el acierto de los mismos —esas personas actuarían de otro modo si no confiaran en que dichos pronósticos van a cumplirse¹⁴⁰—.

Dentro de todas esas circunstancias, presentes y futuras, en función de las cuales los ciudadanos planifican su actividad hay que incluir a las normas jurídicas¹⁴¹, también a las reglamentarias. Así, la empresa que recibe una

oferta para construir un petrolero — construcción que requiere una gran inversión de medios materiales y de tiempo—, deberá tener en cuenta para estimar la rentabilidad de dicha operación, por ejemplo, el coste que previsiblemente le supondrá la adquisición de ciertas materias primas o si, de acuerdo con la normativa vigente, puede obtener una subvención o acogerse a determinada exención fiscal. Teniendo en cuenta que estas operaciones económicas pueden prolongarse durante un periodo de tiempo relativamente largo, el éxito o fracaso de las mismas no sólo dependerá de que se hayan ponderado correctamente toda una serie de circunstancias, sino también de que no se produzcan modificaciones imprevistas de las mismas durante aquel tiempo. La inversión puede resultar ruinosa a causa de un inesperado encarecimiento de las materias primas o de la anulación de la norma que otorgaba una exención. Imaginemos, también, que un reglamento concede una subvención anual durante los próximos diez años a las personas que inicien cierta actividad económica. La anulación del reglamento puede arruinar a todos aquellos que, movidos por lo atractivo de la subvención, emprendieron dicha actividad y realizaron grandes inversiones confiadas en obtener unos ingresos que ahora ya no percibirán.

La seguridad jurídica, la protección de la confianza, pide en determinados casos la estabilidad de las normas jurídicas, también de las ilegales. Las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la irretroactividad de las normas¹⁴²—o lo que es lo mismo, la conservación de parte de los efectos jurídicos de la norma derogada, su «ultractividad»¹⁴³— también deben pesar cuando se valora si una norma ilegal debe ser conservada o no. Si a la hora de derogar una norma deben ponderarse las exigencias de la seguridad jurídica, como, en definitiva, ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional¹⁴⁴, parece lógico que también se las deba tener en cuenta cuando se decide sobre su validez o invalidez. Se perjudica la confianza que los ciudadanos han depositado en la conservación de una disposición general tanto si se la deroga, como si se la anula. Si un ciudadano confía en que cierto reglamento se le va a aplicar, dicha esperanza queda frustrada simplemente con la no aplicación

¹³⁸ Vid. *infra*, IX.1.A).

¹³⁹ Vid. *infra*, IX.2.

¹⁴⁰ Señala LUHMANN, *Confianza*, cit., p. 40, que «la confianza solamente está implicada cuando la expectativa confiable hace una diferencia para la decisión; de otro modo, lo que tenemos es una simple esperanza... la confianza siempre recae en una alternativa crítica, en la que el daño resultante de una ruptura de la confianza puede ser más grande que el beneficio que se gana de la prueba de confianza asegurada».

¹⁴¹ Según la STC 173/1996, de 31 de octubre, (FJ 5), el conomimiento previo de las consecuencias tributarias derivadas de la decisión de explotar cierto negocio «es imprescindible a la hora de planificar cualquier actividad empresarial, en tanto que

el tributo es siempre un componente más —y, a menudo,..., nada despreciable— del coste de la misma».

¹⁴² Vid. SUÁREZ COLLIA, *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, 1991, pp. 36 y ss.

¹⁴³ Sobre la ultractividad, vid. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 385, cuyas consideraciones recoge el DCE de 8-11-1990 (RDL 19) y Díez-PICAZO, L. M.², *La derogación...*, cit., pp. 232 y ss.

¹⁴⁴ Vid., por ejemplo, la STC 173/1996, de 31 de octubre, (esp. FFJJ 3, 4 y 5), cit., que anula una ley tributaria retroactiva y declara que «el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles».

del mismo, con independencia de la causa que determine la inaplicación. Que no se aplique el reglamento porque ha sido derogado por la Administración o porque un Tribunal lo ha anulado, seguramente le parecerá indiferente al ciudadano¹⁴⁵.

Evidentemente, no todos los reglamentos condicionan con la misma intensidad las operaciones e inversiones de los ciudadanos, por lo que su conservación y validez no se exige con la misma fuerza por el principio de seguridad jurídica.

La confianza de las personas en la conservación de una disposición administrativa merece tanta más protección cuanto más graves sean los imprevisibles perjuicios que la invalidez y la consiguiente no aplicación futura de esta disposición les ocasionaría. Esta gravedad hay que medirla en términos cuantitativos, pero también en términos cualitativos, atendiendo a la distinta dignidad y valor que en el ordenamiento jurídico se atribuye a los intereses que resultan perjudicados al defraudarse la confianza depositada en la validez de la norma. Ello explica, por ejemplo, que la Constitución española prohíba la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (arts. 9.3 y 25.1), dada la gravedad de los perjuicios que la sorpresiva aplicación de una de estas normas produciría a los ciudadanos. En cambio, el interés o la confianza de un sujeto en la conservación de una disposición general no merece protección cuando éste resulta beneficiado por la derogación o anulación de esa norma. De hecho, lo más probable es que dicho sujeto no tenga interés alguno en ser tratado peor de lo que esperaba. En suma, el carácter más o menos favorable o desfavorable de las inesperadas consecuencias que a las personas les ocasione la invalidez y eliminación de un reglamento aparentemente válido determinará decisivamente la medida en que la seguridad jurídica pide la validez y conservación de ese reglamento.

Cuanto más individual y concretamente incida una disposición reglamentaria en la esfera jurídica de los ciudadanos, más digna de protección será la confianza depositada por éstos en la estabilidad de la disposición. Esto es así porque cuanto más concreta es una regulación jurídica y más determinado el círculo de sus destinatarios mayor es la certeza que a éstos les produce dicha regulación¹⁴⁶. No es de extrañar que se haya resaltado el gran servicio que los actos administrativos —singulares, se entiende— prestan a la seguridad jurídica, ya que establecen frente a los ciudadanos las consecuencias jurídicas

que resultan de la aplicación del entero ordenamiento jurídico a un caso concreto¹⁴⁷.

Así, un ejemplo de disposición reglamentaria cuya estabilidad es muy valiosa en atención a la confianza e inversiones que puede haber generado lo constituye aquella que responde a la estructura de un plan, es decir, cuando la propia disposición fija las concretas actuaciones que es preciso llevar a cabo para su ejecución e, incluso, los medios necesarios al efecto, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos; aparte de que la vigencia temporal del plan puede ser no indefinida, sino limitada¹⁴⁸.

Ya vimos que algunos autores alemanes consideran justificado limitar temporalmente la posibilidad de anular o inaplicar un plan urbanístico viciado en cuanto a su procedimiento. El alto grado de concreción y de individualización de las regulaciones que contienen los planes urbanísticos justificaría esta especialidad¹⁴⁹.

El Profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO señala, igualmente, que los planes —aquí no se refiere a ninguna clase de ellos en concreto— aportan a los ciudadanos una indiscutible dosis de certeza y de seguridad jurídica en cuanto expresan una inequívoca autolimitación de las actuaciones a realizar por los distintos Poderes públicos, al menos, durante el plazo de su vigencia, y constituyen una garantía para los administrados, al permitirles saber a qué atenerse, conocer las medidas y los comportamientos que la Administración se compromete a llevar a cabo, conforme a los cuales aquéllos pueden fijar además sus previsiones¹⁵⁰. Luego distingue entre: planes que no inciden en el *status* jurídico de los ciudadanos y son modificables en cualquier momento; aquellos que ordenan el actuar interno de la Administración pero que inciden indirectamente sobre el *status* de los ciudadanos, de modo que «cabe postular el reconocimiento de unas ciertas expectativas legítimas que, en cierto modo, deben condicionar las posibilidades que la Administración tiene para proceder a la modificación de estos planes»; y aquellos que inciden directamente y configuran el *status* jurídico de los administrados. Estos últimos no pueden ser modificados libre y unilateralmente. El principio de seguridad jurídica «impone en estos casos de modo singular la protección de la confianza suscitada acerca del mantenimiento de una determinada ordenación por el

¹⁴⁵ En sentido similar, si bien respecto de las leyes, MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., pp. 151, 152, 157 y 158; HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., p. 242.

¹⁴⁶ El que la determinación y concreción de las regulaciones jurídicas genera certeza y seguridad ha sido destacado, por ejemplo, por ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 164.

¹⁴⁷ Vid. ERICHSEN, «Das Verwaltungshandeln...», cit., § 12, m. 5. MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 11, m. 2, alude a la función de estabilización y de clarificación, fundada en la seguridad jurídica, que cumple el acto administrativo.

¹⁴⁸ Sobre la estructura de los planes, vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, 1991, pp. 326 y ss.

¹⁴⁹ Vid. *supra*, III.5.B).d).

¹⁵⁰ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho...*, cit., p. 331. En sentido muy similar, HOPPE, «Planung», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhoff), 1988, t. III, p. 688.

plazo que explícitamente se haya previsto»¹⁵¹; por ello, su modificación debe determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁵².

c') El «vacío normativo»

Arriba hicimos referencia a las afirmaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre las consecuencias negativas que para la seguridad jurídica tiene el «hueco» dejado por la anulación de una ley, consideraciones que valen igualmente, con los matices que ya quedaron expuestos, para las disposiciones administrativas.

En rigor, en estos casos no puede hablarse de «hueco» o «vacío» normativo¹⁵³, puesto que el Derecho, en virtud de la plenitud que le es inherente, ofrece siempre una solución a todos los casos que plantea la convivencia humana; en última instancia, lo que no está prohibido o regulado positivamente por el Derecho está permitido¹⁵⁴. Lo que, en realidad, sucede aquí es que el régimen jurídico de determinadas conductas que resulta después de inaplicar o de anular la norma inválida que las regulaba puede causar cierta desazón. Es posible que la invalidez de una disposición reglamentaria determine, siquiera durante un tiempo, que los intereses públicos a los que ésta intentaba dar satisfacción queden desprotegidos, y las leyes a las que daba ejecución, sin efecto. Así, por ejemplo, se ha señalado que la anulación de un plan urbanístico provoca una situación transitoria —mientras no se adopte uno nuevo— susceptible de ocasionar graves trastornos: «Por un lado, se puede producir en determinados núcleos urbanos una perjudicial reducción de la actividad constructiva; por otro, hay un peligro de que se consoliden aprovechamientos urbanísticos contradictorios con el nuevo planeamiento»¹⁵⁵.

A veces, la invalidez de un reglamento hace recuperar su vigor a uno precedente, derogado por aquél, dictado sobre la misma materia e, incluso, de contenido semejante, de modo que el «vacío normativo» no es total y los intereses dignos de protección perseguidos por el reglamento inválido no quedan del todo desamparados. Aun entonces, la situación no deja de suscitar reparos. De una parte, es probable que el reglamento antaño derogado que ahora vuelve a tener vigencia no guarde la debida coherencia con el resto del sistema normativo. Pensemos en los casos en los que la derogación de una disposición reglamentaria es reflejo de una derogación legislativa, esto es,

¹⁵¹ MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho...*, cit., pp. 332 y 333. En sentido similar, HOPPE, «Planung», cit., p. 682.

¹⁵² MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho...*, cit., p. 333.

¹⁵³ Expresión utilizada, por ejemplo, por DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 80, y la STS de 18-2-1992 (Ar. 2293).

¹⁵⁴ Vid. Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 55; SORIANO, *Compendio...*, cit., pp. 141 y ss.

¹⁵⁵ BAÑO LEÓN, «El procedimiento...», cit., p. 16.

obedece a la necesidad de ajustar el desarrollo reglamentario de una materia a una nueva ley. Con toda probabilidad, el reglamento que recobra su vigor se mostrará inadecuado, incoherente y/o contradictorio con la nueva normativa legal. De otra parte, cabe que la derogación de este reglamento se produjese porque la Administración entendió en su día que ciertas conductas eran susceptibles de ser reguladas de una forma más justa, más conveniente, más oportuna de como lo venían siendo hasta entonces. Aquella recuperación de vigencia evita el «vacío normativo», impide que ciertos intereses queden sin protección, pero quizás constituya un «paso atrás» en el camino hacia la justicia y el progreso. Es posible que la regulación que vuelve a estar en vigor resulte más inconveniente e injusta que la que se ha anulado o inaplicado.

Hay que concluir, pues, que el «vacío normativo» que deja la anulación de un reglamento o la recuperación de la vigencia de la norma derogada por este último pueden ser perjudiciales no sólo para la seguridad jurídica, sino también para la justicia.

C) El principio de proporcionalidad

a) Contenido

Sin duda alguna, es en el Derecho alemán donde este principio cuenta con mayor tradición, aplicación y ha sido objeto de la formulación teórica más perfecta, pero también ha ido arraigando y creciendo en importancia en otros ordenamientos jurídicos, como el comunitario o el español, y extendiendo su virtualidad a todas las ramas del Derecho público¹⁵⁶.

Este principio exige: primero, que toda decisión de los Poderes públicos sea adecuada o apta para conseguir la finalidad que persigue; segundo, que, de entre todas las que satisfagan la anterior condición, se escoja la que menos desventajas ocasione; y, por último, que la suma de estas desventajas sea superior a la de los beneficios que la decisión produce. Toda actuación pública debe ser idónea, necesaria y ponderada¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho público*, 1996, pp. 458 y ss.; BARNES, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, 135, 1994, pp. 495-535; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990; LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, 1988; PEDRAZ PENALBA y ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *PJ*, 17, 1990, pp. 69-98; y los estudios de BARNES, FASSBENDER, GALETTA, MEDINA GUERRERO, LÓPEZ GONZÁLEZ, LASCURAÍN SÁNCHEZ, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, KLUTH, BASTRESS, PHILIPPE, HIMSWORTH, TEN BERGE y BOK, publicados en *CDPúbl*, 5, 1998.

¹⁵⁷ Vid., por ejemplo, las SSTC 175/1997, de 27 de octubre (FJ 4), y 37/1998, de 17 de febrero (FJ 8).

En el Derecho alemán, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que se trata de un principio de rango constitucional, a pesar de no estar recogido expresamente en la Ley Fundamental¹⁵⁸. En España, puede afirmarse que dicho principio tiene relevancia constitucional por lo menos en aquellos casos en los que una cierta actuación pública incida negativa y desproporcionadamente sobre un bien jurídico protegido por la Constitución. Por ejemplo, una ley que restrinja de manera desproporcionada un derecho fundamental resultaría inconstitucional¹⁵⁹. Pero es que, además, el artículo 9.3 CE prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos y, en nuestra opinión, una medida desproporcionada es una medida arbitraria o, lo que es lo mismo, carente de justificación¹⁶⁰.

b) Incidencia del principio de proporcionalidad sobre la validez de los reglamentos ilegales

Los poderes públicos, normalmente los órganos jurisdiccionales, a veces han de juzgar y decidir acerca de la validez de los actos jurídicos. El que se considere válido o inválido a un acto ilegal probablemente beneficiará a ciertos intereses y valores jurídicos, pero también perjudicará a otros. La anulación de una resolución que concedía una subvención a un empresario perjudica a éste y beneficia a sus competidores. Revisar de oficio y anular un acto administrativo ilegal después de transcurridos diez años desde que el mismo se dictó interesa al principio de legalidad, pero a costa del de seguridad jurídica.

Se comprende que la decisión que se adopte sobre la validez o invalidez de un acto ilegal no puede sustraerse a la aplicación del principio de proporcionalidad. Este principio va a desempeñar aquí un importante papel. Fundamentalmente, va a permitir resolver las tensiones que se producen entre los diversos intereses, principios y valores jurídicos implicados.

¹⁵⁸ Vid. VON ARNAULD, «Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», *JZ*, 2000, pp. 276 y ss.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad...*, cit., p. 53.

¹⁶⁰ Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad...*, cit., pp. 54 y 55, los valores de la libertad, la justicia, la cláusula de Estado de Derecho y los derechos fundamentales «son pilares básicos para la vigencia del principio de proporcionalidad», aunque éste encuentra «un profundo anclaje también en la prohibición expresa de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos». Dice GUASP, *Derecho*, cit., que la arbitrariedad es la «condición que señala la ausencia, en cualquier figura jurídica, de los principios que sirven de fundamento al Derecho» (p. 300) y que «lo que se censura como arbitrario se denuncia ipso facto como privado de fundamento jurídico» (p. 301). En sentido similar, GARCÍA DE ENTERRÍA, «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?», *RAP*, 124, 1991, p. 225.

La validez de un reglamento ilegal tiene también ventajas e inconvenientes, y lo mismo podríamos decir de su invalidez. Básicamente, su validez perjudica al principio de legalidad y en determinadas circunstancias beneficia a los de seguridad jurídica y de conservación, mientras que su invalidez representa un beneficio para el primero y un coste para los segundos. Pues bien, las exigencias recíprocamente opuestas de estos principios serán resueltas por el de proporcionalidad, que a va decantar la balanza a favor de aquel que en cada caso concreto «pese» más¹⁶¹.

Hay que señalar, no obstante, que este principio debe utilizarse con cierta prevención y cautela a la hora de resolver los problemas que plantea el régimen jurídico de la invalidez de los reglamentos, puesto que el legislador es el llamado en primer lugar a ponderar los costes y beneficios de cada solución y a establecer la precedente, y para ello goza de un amplio margen de discrecionalidad¹⁶². Al juzgador no le está permitido, por tanto, resolver cualquier caso mediante la simple aplicación directa de este principio, desconociendo la ponderación costes-beneficios efectuada por el legislador y sustituyéndola por la suya propia¹⁶³.

¹⁶¹ «Cuando los principios se interfieren..., quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno», señala DWORKIN, *Los derechos en serio*, (trad. Guastavino), 1997, p. 77. En sentido parecido, ALEX, *El concepto...*, cit., pp. 162 y ss., que, además, formula algunos criterios con arreglo a los cuales —sostiene— pueden ordenarse los distintos principios y resolver las colisiones que entre ellos se produzcan; uno de estos criterios sería «la máxima de proporcionalidad con sus tres máximas parciales» (p. 172).

¹⁶² Vid. BARNES, «Introducción...», cit., p. 506.

¹⁶³ Vid. ibídem, pp. 511 y 512; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, 2000, pp. 59 y ss. y 154 y ss.

VII. LAS CAUSAS DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Hemos visto que la ilegalidad de una norma es condición necesaria pero no suficiente de su invalidez, pues ésta ha de venir exigida por el principio de legalidad con mayor fuerza que aquella con la que otros principios jurídicos demandan su validez. Para analizar en qué casos la ilegalidad de un reglamento causa su invalidez, conviene distinguir entre diversos tipos de vicios según sea el elemento del mismo afectado.

1. VICIOS DE CONTENIDO

Un reglamento cuyo contenido es ilegal no puede satisfacer las finalidades que le marca el ordenamiento jurídico, por lo que su validez no queda amparada por el principio de conservación. Cuando una disposición reglamentaria contradice una norma de jerarquía superior incumple necesariamente el objetivo previsto en dicha norma; dicho objetivo sólo puede ser logrado si el reglamento ajusta su contenido a lo dispuesto en la misma¹. Si la ley dispone que una determinada infracción debe sancionarse con una multa de cierto importe, el reglamento que prevea para el mismo supuesto una multa de mayor o menor cuantía no se ajustará a la finalidad que el legislador perseguía; la regulación reglamentaria castigaría cierta conducta ilícita en una proporción que no es la pretendida por la ley.

Como se verá más adelante, la seguridad jurídica puede fundamentar la validez parcial de un reglamento de contenido ilegal, pero nunca su validez total, pues en este último caso la norma de superior jerarquía que aquel contradice perdería total e indefinidamente su obligatoriedad. Este principio justifica en algún caso la conservación de ciertos efectos jurídicos producidos en el pasado por una disposición general así viciada, pero de ninguna manera constituye un fundamento suficiente para que un reglamento prevalezca permanentemente sobre una norma supraordenada al mismo.

2. VICIOS DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

La declaración de voluntad que establece una norma reglamentaria es susceptible de ser descompuesta en diversos elementos: los motivos, el procedimiento de preparación y formación de la voluntad, la voluntad propiamente dicha, su forma de manifestación, su autor, su fin. Comenzare-

¹ En relación con los actos administrativos, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 72.

mos por estudiar en qué medida afectan a la validez del reglamento los defectos de «forma» —entendida ésta en el sentido amplio que le dan algunos autores, que comprende tanto el procedimiento de preparación y formación de la voluntad, como el medio de exteriorizarla²—, porque estos supuestos son los que han suscitado una mayor atención doctrinal y jurisprudencial.

Los criterios obtenidos al estudiar la validez de los reglamentos aquejados de vicios de forma o procedimiento son de gran utilidad para estudiar la de aquellos que padecen defectos que afectan a los otros elementos en los que puede descomponerse la declaración de voluntad. Ello tiene su lógica, porque el procedimiento que hay que seguir para adoptar un acto jurídico constituye la parte formalizada —formalización que se produce mediante el establecimiento de trámites de observancia obligatoria— de ese proceso de obtención y de elaboración de información que determina y que concluye con la manifestación de una voluntad³. Proceso que la jurisprudencia y doctrina alemanas llaman «de la ponderación» y al que nuestro Consejo de Estado se ha referido en alguna ocasión como el «proceso de reflexión racional que debe preceder la elaboración de toda norma del ordenamiento jurídico [así como de cualquier acto administrativo]»⁴. Esto se muestra con claridad respecto del elemento voluntad, que en el caso de los órganos unipersonales tiene un carácter puramente interno, puesto que se identifica con la voluntad del individuo titular del órgano, mientras que en el caso de los órganos colegiados es el resultado de integrar dos o más voluntades individuales a través de un procedimiento compuesto de diversos trámites (convocatoria, orden del día, constitución del colegio, votación, etc.)⁵. Los vicios del procedimiento de formación de la voluntad serían, en realidad, vicios de la voluntad. También sucede algo parecido con los motivos. La apreciación de los hechos que mueve a un órgano a declarar su voluntad puede tener un carácter interno o estar formalizada a través del trámite de propuesta de resolución⁶.

A) Vicios de procedimiento y de forma

a) *Excursus*: la interpretación teleológica y sistemática de las normas de procedimiento y de forma

Tanto los Tribunales como la doctrina han repetido en multitud de ocasiones que la «forma» de los actos jurídicos, entendida en el sentido amplio

² Vid. el art. 63.2 LPC y ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, p. 193; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 472; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 363.

³ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 286 y 287, distingue entre el procedimiento externo y procedimiento interno de formación de la decisión, respectivamente.

⁴ DCE de 5-12-1996 (RDL 17).

⁵ Vid. BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., pp. 91 y ss., esp. p. 95; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 404, 405 y 424 y ss.

⁶ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 394 y 395.

antes expuesto, tiene carácter instrumental⁷. No tiene valor por sí misma, sino que es un instrumento para conseguir ciertas finalidades⁸. Y es cierto, puede apreciarse que todos y cada uno de los trámites y formalidades que han de seguirse para dictar un acto administrativo persiguen una o varias finalidades, por poner algunos ejemplos: los informes buscan asegurar el acierto de la decisión que se vaya a adoptar⁹; el trámite de audiencia, dar oportunidad a los afectados por dicha decisión de defender sus derechos e intereses¹⁰; los trámites a través de los cuales se determinan aleatoriamente ciertos aspectos del contenido de las decisiones administrativas, garantizar la igualdad de los ciudadanos¹¹; el trámite de información pública, ofrecerles un cauce de participación en los asuntos públicos¹².

En verdad, todas las normas y no sólo las concernientes al procedimiento de elaboración y forma de manifestación de los actos jurídicos tienen carácter instrumental. También las que regulan su contenido o la competencia para emanarlos persiguen ciertas finalidades. El propio legislador dispone que el contenido de los actos administrativos será adecuado a los fines de los mismos (art. 53.2 LPC); dicho contenido está al servicio de la concreta finalidad marcada por el Derecho.

Si el criterio teleológico tiene una importancia fundamental a la hora de interpretar cualquier norma jurídica (art. 3.1 CC), esto se acentúa en el caso de las que regulan la forma y el procedimiento de elaboración de los actos jurídicos, ya que el tenor literal de estas normas obedece a una previsión que con frecuencia no se verifica luego en la realidad. El legislador establece la obligatoriedad de observar ciertas formalidades porque, aunque sabe que ello tiene unos costes, prevé que de este modo se alcanzarán determinados fines y se obtendrán unos beneficios superiores a dichos costes. Pero dicha previsión no siempre resulta acertada.

La observancia de un trámite de procedimiento no asegura que efectivamente se haya cumplido la finalidad última perseguida por el mismo. La emisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de reglamentos, que tiene por finalidad última garantizar la

⁷ Vid., por ejemplo, las SSTs de 14-4-1984 (Ar. 2136) y 19-7-1989 (Ar. 6031); BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., pp. 51 y ss.; CARRETERO PÉREZ, «El principio...», cit., pp. 107 y 108; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *La doctrina...*, cit., pp. 77, 131 y 132; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 90 y ss.

⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., *passim*, esp. pp. 79, 94, 130 y 131; GAENTZSCH, «Wie kann...», cit., p. 34.

⁹ Vid. el art. 24.1.b) LG.

¹⁰ Vid. art. 84 LPC.

¹¹ Vid. la Orden del Ministerio de Defensa 20/1997, de 29 de octubre, que establece el procedimiento para designar los excedentes de reemplazo de 1998.

¹² Vid. los arts. 86 LPC y 6.1 LS.

legalidad, acierto y oportunidad de los mismos¹³, no asegura que el reglamento finalmente adoptado sea acertado, ni siquiera que sea legal. Cabe la posibilidad de que una disposición avalada por el informe favorable de este órgano consultivo sea posteriormente anulada por los Tribunales.

En ocasiones, la satisfacción del interés jurídico protegido por una norma de procedimiento pide, incluso, que no se cumpla el trámite previsto en ésta. Aunque en la misma no se diga nada expresamente, su interpretación teleológica obliga aquí a entender que, excepcionalmente, dicho trámite no debe ser realizado. Es el caso de los «reglamentos de necesidad»¹⁴, pues la observancia de un procedimiento que busca garantizar el acierto de la decisión administrativa causaría el desacierto y la inoportunidad de aquéllos, por tardíos. Algo parecido acontece con los llamados «elementos normativos desgajados»¹⁵, que son «normas incompletas», pues no expresan ellos solos que deba anudarse cierta consecuencia jurídica a la realización de cierta conducta¹⁶; la norma completa hay que obtenerla a partir de dos o más preceptos. En el Derecho administrativo, la utilización de esta técnica permite modificar con extraordinaria frecuencia y rapidez determinadas normas jurídicas y dar respuesta adecuada a las cambiantes necesidades de regulación existentes en ciertos ámbitos —v. gr., el de la economía—. No se modifica la norma entera sino sólo un elemento desgajado de la misma. La satisfacción del interés público que el artículo 103 CE encomienda a las Administraciones públicas requiere a veces un ejercicio extraordinariamente frecuente de la potestad reglamentaria, incompatible con la observancia del procedimiento que normalmente hay que seguir para dictar reglamentos. Si para fijar en cada momento el precio máximo de venta al público de la gasolina¹⁷ debieran informar ciertos órganos consultivos y tuviera que abrirse

¹³ Vid., entre otras, las SSTs de 29-4-1982 (Ar. 2533), 27-4-1984 (Ar. 2182), 25-2-1994 (Ar. 6352/1995) y 27-11-1995 (Ar. 8944).

¹⁴ Vid. la STS de 12-7-1993 (Ar. 6191), que estima que los arts. 129 y ss. LPA no son aplicables a las medidas excepcionales sobre aprovechamiento de recursos hidráulicos contempladas en el art. 56 de la Ley 29/1985 de Aguas. Sobre las alteraciones de las reglas de procedimiento que las situaciones de necesidad pueden ocasionar, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto...*, cit., pp. 410 y ss.

¹⁵ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 1071; MEILÁN GIL, *La distinción...*, cit., pp. 45 y ss., esp. p. 54; SALAS HERNÁNDEZ, «Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos (algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)», *REDA*, 21, 1979, pp. 261-270. VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., p. 439, habla de «elementos fácticos desgajados de la norma», cuya «producción será facilitada por la dispensa del procedimiento normativo».

¹⁶ Sobre las normas incompletas, vid. LARENZ, *Metodología...*, cit., pp. 249 y ss. VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., 436 y ss., habla de «reglas jurídicas dependientes».

¹⁷ MEILÁN GIL, *La distinción...*, cit., p. 49, n. 79, ponía el ejemplo de los derechos arancelarios de la importación, modificados casi semanalmente.

un trámite de audiencia para que los afectados por la medida efectuasen alegaciones, muy probablemente se produciría el efecto contrario al querido por el legislador cuando estableció con carácter ordinario la obligación de respetar esos trámites: garantizar la «legalidad, acierto y oportunidad del reglamento»¹⁸.

Puede suceder que un interés jurídico distinto y de mayor dignidad que el protegido por la norma de procedimiento resulte lesionado si se cumple la misma, por lo que ese cumplimiento deberá ser exceptuado para evitar dicha lesión. Por ejemplo, a la hora de seleccionar a sus contratistas la Administración puede prescindir de los procedimientos licitatorios desarrollados con publicidad cuando así lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado¹⁹.

Otras veces, la finalidad perseguida con el cumplimiento de un trámite ha sido ya alcanzada a través de otros medios distintos de dicho cumplimiento. No faltan las ocasiones en las que el propio legislador tiene esto en cuenta y establece que no es necesario entonces observar dicho trámite, que, en realidad, deviene superfluo²⁰. Por ejemplo, la LG dispone que no es necesaria la audiencia a ciertas organizaciones y asociaciones, cuando éstas ya «hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración» del reglamento (art. 24.1.d). El problema se plantea cuando el legislador no exceptúa expresamente en estos supuestos la observancia del trámite. ¿Está obligada la Administración a cumplir un trámite innecesario? ¿Hay que sancionar al instructor del procedimiento responsable del incumplimiento? A nosotros nos parece que una interpretación teleológica de la norma de procedimiento, junto con los principios de celeridad y eficiencia que informan la actividad administrativa²¹, determinan que haya que considerar no sólo legal, sino también aconsejable, omitir la realización de un trámite innecesario. Aquí no cabe hablar siquiera de ilegalidad o de vicio.

Lo que, en definitiva, hay que resaltar es que «toda formalidad necesita excepciones, bien estén previstas legalmente, bien haya que obtenerlas mediante la interpretación»²².

¹⁸ Según decía el art. 129.1 LPA.

¹⁹ Vid. los arts. 141.f), 159.2.c), 182.h) y 210.g) LCAP.

²⁰ El art. 84.4 LPC dice que «se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado».

²¹ Vid. los arts. 3.2 y 74 LPC, que consagran estos principios, y los arts. 73 y 75 LPC, que contienen algunas de sus manifestaciones.

²² MORLOK, *Die Folgen...*, cit., p. 235. A veces, la ley tiene que recurrir a vagos conceptos para referirse a estas excepciones, como bien ha estudiado LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, 1991, pp. 169 y ss., pues el legislador estadounidense

Precisamente, aquella excepción prevista en la LG respecto de la realización del trámite de audiencia no hace sino recoger sustancialmente una jurisprudencia del Tribunal Supremo producida en relación con el derogado artículo 130.4 LPA, cuyo tenor literal no contemplaba expresamente la posibilidad de omitir en estos casos dicho trámite²³. La STS de 25 de febrero de 1994 (Ar. 6352/1995), dictada en un recurso extraordinario de revisión, es una buena muestra de esta doctrina. Con apoyo en el «principio de economía procesal para evitar nulidades por vicios formales», declara que, «si bien no se recabó por el Departamento ministerial el preceptivo informe en los términos formales que señala el apartado 4 del artículo 130 de la Ley mencionada, se dio oportunidad a los sectores profesionales interesados..., de emitir sus criterios sobre el texto del Real Decreto..., por lo cual la finalidad garantizadora del precepto fue respetada».

Merece destacarse aquí la jurisprudencia producida en relación con el informe que en este procedimiento debe emitir la correspondiente Secretaría General Técnica²⁴. El Tribunal Supremo ha entendido que dicho trámite era innecesario y que la omisión del mismo no determinaba la invalidez de la disposición reglamentaria en cuestión cuando el proyecto de disposición había sido confeccionado por la misma Secretaría a la que correspondía informar²⁵. Aunque aquí no podía afirmarse que se hubiese cumplido la finalidad última o mediata del informe —que la disposición reglamentaria

prevé una lista de supuestos en los que cede el «principio de participación pública», lista que se cierra con el de «buena causa».

²³ Vid. las SSTs de 20-5-1987 (Ar. 3818), 29-9-1990 (Ar. 7302), que emplea este argumento a mayor abundamiento, pues consideraba el trámite discrecional, 28-10-1991 (Ar. 4974/1992), también a mayor abundamiento, pues estima que no es necesario oír a las asociaciones «voluntarias», 23-6-1992 (Ar. 5027) y 25-11-1993 (Ar. 9041). Vid., igualmente, el DCE de 29-3-1993 (RDL 220).

²⁴ Sobre esta jurisprudencia —producida en relación con el derogado art. 130.1 LPA, antecedente del art. 24.2 LG, que ahora enfatiza la exigencia sin excepciones de la realización de este trámite diciendo que «en todo caso..., habrán de ser informados...»—, vid. SEBASTIÁN LLORENTE, «La información intraministerial de los proyectos normativos. El informe de la Secretaría General Técnica», AA, 16, 1998, pp. 353 y ss.

²⁵ Vid. la STS de 29-12-1964 (Ar. 5797), que acepta las alegaciones de la Administración demandada que consideraba en este caso «superfluo» el referido informe. En el supuesto resuelto por la STS de 16-5-1983 (Ar. 3325) se entiende cumplido el trámite porque dicho órgano «participó activamente en la elaboración del reglamento, realizando los estudios preparatorios, redactando el proyecto correspondiente y actuando como ponente en el trámite de informe de la Comisión Nacional del Juego y en la formulación de la propuesta final de aprobación». En el caso de la STS de 28-9-1983 (Ar. 4406), se había omitido el informe en cuestión pero en la tramitación del procedimiento había participado una Comisión de la que eran miembros todos los Secretarios Generales Técnicos de los Ministerios afectados por el reglamento impugnado. Vid. también las SSTs de 19-7-1993 (Ar. 5594) y 25-11-1993 (Ar. 9041).

fuera legal y lo más acertada posible—, sí que cabía considerar que su finalidad inmediata —que la Secretaría General Técnica proporcionara elementos de juicio al órgano decisor²⁶— había sido satisfecha, puesto que la opinión de este órgano consultivo sobre la que consideraba decisión más acertada ya había quedado suficientemente plasmada en el texto elaborado por ella misma.

El Tribunal Supremo ha admitido también que el informe de esta Secretaría pueda ser sustituido válidamente por el de otros órganos administrativos. La similitud que les encontramos a todos estos supuestos es que dichos órganos poseen grandes conocimientos técnicos en la materia específica sobre la que versaba la correspondiente disposición reglamentaria: la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo²⁷, la Junta Nacional de Universidades²⁸, el Consejo de Universidades²⁹, el Consejo General de Formación profesional y el Consejo Escolar del Estado³⁰, cierta Comisión de Precios y una Comisión Mixta de información y Control del Plan de Saneamiento Integral de Madrid³¹, la Dirección General de Urbanismo³².

²⁶ En la definición de informe que da BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 414, aparece sólo su finalidad inmediata: «Manifestaciones de conocimiento o de juicio que tienen por finalidad dar a conocer hechos, argumentos o pareceres a la autoridad que debe adoptar una decisión administrativa». En la que ofrecen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 1998, t. II, p. 483, aparecen las dos: «Declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto».

²⁷ Vid. la STS de 12-12-1978 (Ar. 801/1979), que enjuiciaba una OM que regulaba los descuentos que por el concepto de póliza judicial y habilitación deberían aplicarse en las nóminas de haberes de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (STS comentada por BERMEO VERA, «La relativización...», cit., *in toto*).

²⁸ Vid. la STS de 14-3-1987 (Ar. 1942), que justifica a mayor abundamiento la omisión del trámite diciendo que se oyó en el procedimiento a «un Organismo con reconocida competencia técnica para informar sobre esa concreta materia».

²⁹ Vid. la STS de 14-10-1996 (Ar. 7368).

³⁰ Vid. la STS de 14-1-1998 (Ar. 182).

³¹ Vid. la STS (Sala especial de revisión) de 19-10-1989 (Ar. 4374/1992), que señala a mayor abundamiento que la disposición impugnada «no constituye propiamente ninguna novedad normativa, sino que se trata tan sólo de una simple revisión de una tarifa preexistente...»; y se cita como precedente la STS de 6-12-1966 (Ar. 338/1967), aunque en este supuesto cierta norma preveía la sustitución del informe. Vid., así mismo, las SSTs de 27-12-1990 (Ar. 629) y 14-5-1991 (Ar. 4386), que dicen que «el fin del requisito se estima satisfecho por otros mecanismos informativos y de control».

³² Vid. la STS de 17-6-1977 (Ar. 3504), respecto de unas normas subsidiarias de planeamiento, de las que, a mayor abundamiento, se señala su «carácter sui generis...», por lo que desde luego su régimen jurídico no es igual al de las disposiciones y

En algunos de estos supuestos, y en otros como los de las reglamentaciones de trabajo³³ y las relaciones de puestos de trabajo³⁴, se observa la tendencia a dispensar la evacuación del informe de la Secretaría General Técnica cuando se trata de normas que no responden a la imagen tradicional y clásica de las disposiciones reglamentarias para las que estaba pensado el procedimiento diseñado en los artículos 129 y siguientes de la LPA, hoy artículo 24 LG. Algo parecido sucede cuando la disposición general es un «elemento normativo desgajado»³⁵, aparte de que en estos casos otras razones a las que ya hemos hecho referencia podrían avalar la omisión del trámite.

Por último, el informe de la Secretaría General Técnica es innecesario cuando la disposición se «limita dentro del área de una reglamentación previa a sentar un criterio interpretativo»³⁶, o «sea reproducción de otras anteriores y sólo varíe en cuanto algunos de sus extremos no fundamentales ni consustanciales»³⁷, o cuando se trata de una disposición que desarrolla lo dispuesto en otra anterior en cuyo procedimiento de elaboración sí se emitió tal informe³⁸. El criterio que subyace aquí es que la «insignificancia» del regla-

reglamentos en general, sino más bien el específico que regulan los arts. 57 y 58 de la Ley del Suelo, ..., aunque con las debidas matizaciones que su peculiaridad requiere».

³³ Vid. la STS de 13-10-1975 (Ar. 4573), que considera inaplicables los arts. 129 y ss. LPA porque estas reglamentaciones se rigen por su normativa específica.

³⁴ La STS de 3-3-1995 (Ar. 2305) corrige una jurisprudencia anterior que consideraba estas relaciones de puestos de trabajo como normas jurídicas, las califica de «actos plúrimos» y evita así anularlas por la omisión del referido trámite.

³⁵ Vid., entre otras, las SSTS de 20-9-1988 (Ar. 7233) y 3-11-1997 (Ar. 7990).

³⁶ Vid. las SSTS de 17-10-1964 (Ar. 5246), que dice que en estos casos no hace falta seguir el procedimiento regulado en los arts. 129 y ss. LPA, que contempla «normas o disposiciones que por su alcance y trascendencia introduzcan normativa nueva», y 12-4-1989 (Ar. 2839).

³⁷ La STS de 23 de septiembre 1963 (Ar. 3970) declara que en estos casos no es necesario observar el procedimiento de los arts. 129 y ss. LPA, y, por lo tanto, tampoco el trámite que ahora consideramos; *vid.*, también, las SSTS de 9-3-1964 (Ar. 1177), 4-11-1968 (Ar. 5359), 6-7-1983 (Ar. 3820) y 6-4-1984 (Ar. 1894). Esta jurisprudencia se inició con la STS de 26-3-1960 (Ar. 742), que, no obstante, resolvía un supuesto distinto: dado que el reglamento impugnado era «simple reproducción» de otro anterior dictado antes de la entrada en vigor de la LPA, el TS presumió que el procedimiento de elaboración del nuevo reglamento se había iniciado en el momento mismo de la entrada en vigor del anterior, por lo que tampoco al segundo era aplicable la LPA. La STS de 27-12-1962 (Ar. 4835) dice que en los casos de reproducción casi exacta del contenido de disposiciones anteriores, o cuando sólo se han omitido algunos trámites del procedimiento, no es posible declarar la nulidad del reglamento, y desestima el recurso porque en el procedimiento en cuestión habían informado diversos organismos especialmente cualificados y se había promovido la participación pública.

³⁸ Vid. la STS de 14-3-1987 (Ar. 1942), que a mayor abundamiento recuerda que en el procedimiento se oyó a «un Organismo con reconocida competencia técnica para informar sobre esa concreta materia», y la de 27-10-1997 (Ar. 7758).

mento justifica prescindir de este trámite para que dicha Secretaría pueda dedicarse a tareas de mayor envergadura.

En definitiva, el Tribunal Supremo, como él mismo reconoce, «ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate»³⁹.

No puede desconocerse que todas estas soluciones jurisprudenciales han dado cobijo a algunas decisiones criticables. Así, se ha aceptado como legal la omisión del referido informe en la elaboración de una disposición que regulaba los horarios de cierre de ciertos establecimientos públicos ¡«sin otro alcance modificador que el de la hora tope de cierre»!⁴⁰, o en la de un reglamento organizativo que se califica, no se sabe muy bien el porqué, de elemento normativo desgajado⁴¹.

Todas estas excepciones al tenor literal de la ley estarán más o menos justificadas. No vamos a abordar esta cuestión. Lo que interesa dejar claro es que éste es un problema que afecta al plano de la legalidad o ilegalidad del reglamento, pero, en principio, no al de su validez o invalidez. Una interpretación teleológica y sistemática de la norma de procedimiento arroja como resultado que en determinadas circunstancias no es obligatorio dar cumplimiento a lo que dice su tenor literal. Cuando en estos casos no se realiza el correspondiente trámite no cabe hablar siquiera de ilegalidad o de vicio alguno⁴², tampoco de irregularidad no invalidante. No es que el principio de conservación o el de proporcionalidad justifiquen la validez de una disposición reglamentaria ilegal, sino que hay que entender que esta disposición es conforme con el conjunto del ordenamiento jurídico, del que, claro está, forman parte esos dos principios.

b) Los vicios de forma y de procedimiento y el principio de conservación

A continuación, se estudia en qué supuestos puede fundamentar el principio de conservación la validez de un reglamento afectado por un vicio de forma o procedimiento.

³⁹ SSTS de 13-9-1996 (Ar. 6627) y 15-12-1997 (Ar. 714/1998).

⁴⁰ Vid. la STS de 9-3-1964 (Ar. 1177).

⁴¹ Vid. la STS (Sala Especial de Revisión) de 25-2-1994 (Ar. 6352/1995) relativa a la impugnación de un RD por el que se creó la Bolsa Oficial de Comercio de la Ciudad de Valencia. También la STS de 8-7-1992 (Ar. 6320) considera innecesario el informe para elaborar un reglamento organizativo.

⁴² En este sentido, respecto de los supuestos en los se ha cumplido el fin de la norma «infringida», HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 434 y ss., que señala que esta «exclusión de la ilegalidad se presenta como una interpretación teleológica del concepto de vicio, orientado al sentido y finalidad de la norma de procedimiento» (p. 434).

a) *Infracciones de las normas de procedimiento y de forma que persiguen asegurar el acierto del reglamento*

«La Administración pública siempre debe decidir lo más conveniente para el interés público»⁴³. Diversas normas de procedimiento buscan que la decisión que vaya a adoptarse sea la más acertada y conveniente para dicho interés. El acierto de la decisión presupone, claro está, su legalidad. Prácticamente todos los trámites del procedimiento de preparación de la voluntad administrativa persiguen esta finalidad. Proporcionan al sujeto decisor elementos de juicio acerca de la solución más justa y oportuna. Podrían citarse aquí los informes⁴⁴. También los trámites que integran el procedimiento de formación de la voluntad de los órganos colegiados tienen entre sus finalidades la de asegurar el acierto de la decisión que se vaya a adoptar. Así, por ejemplo, «el orden del día entregado a sus destinatarios en el plazo legalmente establecido permite a los componentes del colegio estudiar con tiempo los asuntos sobre los que deberán adoptar el acuerdo»⁴⁵. Incluso algunos requisitos de forma tienden a este objetivo. Es el caso de la motivación o exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a adoptar su decisión, que «cumple diferentes funciones», entre ellas la de «asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración»⁴⁶.

Es posible que la omisión o la defectuosa realización de uno de estos trámites preceptivos no haya impedido que la decisión sea legal y la más acertada que cabía adoptar. Este vicio no perjudica la validez del correspondiente acto porque así lo exige el principio de conservación. Imaginemos que la Administración estima un recurso extraordinario de revisión sin haber recabado previamente el dictamen del Consejo de Estado⁴⁷. En el curso del posterior proceso el Tribunal comprueba que, en efecto, a pesar del vicio de forma, la resolución del recurso es perfectamente legal en cuanto a su contenido y la más acertada que podía adoptarse, sencillamente, porque era la única que conforme a Derecho podía adoptarse. Aquí no procederá anular

⁴³ BOQUERA OLIVER, en el prólogo (p. 11) al libro de ALONSO MAS, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, 1998; ésta es la tesis fundamental defendida en dicho libro por esta autora (esp. pp. 58 y ss. y 362 y ss.). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, 1983, p. 641; CHINCHILLA, *La desviación...*, cit., pp. 224 y ss.

⁴⁴ *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 483.

⁴⁵ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 427.

⁴⁶ STS de 13-2-1992 (Ar. 2828), que anula ciertas Normas Subsidiarias por falta de motivación. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, 1993, señala que la motivación es «garantía de acierto de la decisión» (p. 22) y evita «actuaciones no meditadas» (p. 36).

⁴⁷ Como prescribe el art. 22.9 LOCE.

dicha resolución, porque ésta satisface todos los fines que le marca el ordenamiento jurídico sin lesionar ninguno y es, por tanto, válida. Su invalidez, además de contraria al principio de conservación, sería antieconómica, pues habría que seguir un nuevo procedimiento de revisión para volver a dictar un acto que ya se sabe tendría el mismo contenido que el que se acaba de anular. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen justificar la irrelevancia del vicio de forma en casos semejantes basándose en el principio de «economía procesal»⁴⁸.

El problema se presenta cuando al Tribunal no le es posible determinar si la Administración ha adoptado la decisión más acertada posible o, lo que es lo mismo, cuando a la vista de los elementos de juicio de los que dispone no puede precisar cuál era la resolución que debería haberse tomado. A nuestro juicio, en estos casos, hay que considerar que el acto defectuoso *[no vale]*, y ello al menos por cuatro razones:

Siguiendo a LAFERRIÈRE, señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que «el vicio de forma no es otra cosa, ..., que, ..., una presunción de ilegalidad o injusticia del acto a que afecta, presunción *iuris tantum* que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar lo contrario, es decir, la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del vicio de forma observado»⁴⁹. Esta presunción se basa, a su vez, en otra: cuando se produce el cumplimiento de las normas reguladoras de la «forma», se presume *iuris tantum* la corrección de la decisión⁵⁰. A nuestro juicio, el fundamento de estas dos presunciones es muy sólido. Ya vimos que las reglas de procedimiento y forma responden a una previsión legal. Partiendo de la base de que el legislador obra racionalmente, habrá que admitir que éste establece la obligatoriedad de llevar a cabo determinados trámites bien porque los considera indispensables para la consecución de ciertas finalidades, bien porque estima que es más probable que se alcancen éstas si se realizan aquellos trámites que si no se realizan. La congruencia con esta previsión legislativa obliga a entender que, si se infringe la norma de procedimiento, la probabilidad de que su fin no haya sido logrado es mayor que la probabilidad de que éste haya quedado satisfecho.

Como observa HILL, cuando al Juez no le es posible averiguar en el proceso cuál era la decisión administrativa que debería haberse adoptado, es porque la adopción de la misma está reservada a la Administración —en realidad, al

⁴⁸ *Vid.*, entre otros, CARRETERO PÉREZ, «El principio...», cit., pp. 106 y 107 y 112 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *La doctrina...*, cit., pp. 156 y ss. y junto con GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Curso...*, cit., t. I, pp. 633 y ss. *Vid.*, entre otras muchas, las SSTs de 30-11-1995 (Ar. 8582) y 7-5-1993 (Ar. 3397). En Alemania, *vid.* MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 42.

⁴⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., p. 162.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 145, n. 19 y p. 160, n. 25.

procedimiento administrativo—. El proceso jurisdiccional no puede entonces reemplazar o sustituir al procedimiento administrativo. A los Jueces y Tribunales no les está permitido hacer las veces de administradores. Aunque parezca paradójico, el respeto de ese ámbito reservado impone la anulación del acto que padezca un vicio de procedimiento, para darle la oportunidad a la Administración de resolver lo que corresponda en uno nuevo libre de defectos⁵¹. Esta idea aparece con más o menos claridad en alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, como veremos más adelante.

La interdicción de la arbitrariedad supone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación»⁵². «El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* queda, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político»⁵³. La Administración debe justificar, pues, el acierto de sus actuaciones. Esta justificación es susceptible de apoyarse sobre dos pilares. Puede demostrarse en el proceso que se trataba de la única actuación que cabía adoptar lícitamente y, por lo tanto, de la más oportuna. Pero si no puede hacerse ver que se ha adoptado la decisión más acertada, no queda otro camino que demostrar que al menos se ha procedido de la manera establecida por el Derecho para asegurar el acierto. Si tampoco es posible probar esto, porque se han incumplido los trámites fijados con esta finalidad, ¿cuál es entonces la vía que le queda a la Administración para justificar su actuación? Ninguna, evidentemente⁵⁴.

Por último, cabría aducir el principio jurídico de que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza⁵⁵. Lo ajustado al mismo es que la carga de probar si la infracción de las normas de procedimiento ha influido negativamente en el contenido de la decisión adoptada recaiga sobre el sujeto infractor. La Administración debe despejar las dudas que ella misma ha sembrado con su actuación ilegal. No es justo que el ciudadano deba soportar las consecuencias negativas de la torpeza administrativa.

⁵¹ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 115 y ss.

⁵² STS de 17-4-1990 (Ar. 3644).

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 472 y la STS de 29-12-1986 (Ar. 1675/1987).

⁵⁴ Dice IGARTUA SALAVERÍA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, 1998, p. 82, que «si, ..., una decisión permanece aún *injustificada*, se presume que es *injustificable* y, por lo mismo, arbitraria».

⁵⁵ Vid. algunos ejemplos de aplicación de este principio en los arts. 1288 CC y 131.2 y 110.3 LPC, en las SSTC 136/1995, de 25 de septiembre (FJ 1), y 157/1999, de 14 de septiembre, y en las SSTS de 18-7-1995 (Ar. 6115) y 16-7-1997 (Ar. 6034).

Lo determinante es, por tanto, que el correspondiente órgano jurisdiccional pueda concluir que la disposición reglamentaria era, a pesar del vicio de «forma», la más acertada que cabía adoptar. Puesto que Jueces y Tribunales tienen vedado juzgar la oportunidad o inoportunidad de las actuaciones administrativas y deben ceñirse a verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico⁵⁶, únicamente podrá llegarse a la mencionada conclusión cuando en el caso concreto sólo exista una única decisión administrativa ajustada a Derecho. Teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria tiene un carácter discrecional «por su propia naturaleza»⁵⁷, y que, por consiguiente, «en su concreto ejercicio la Administración, ..., goza de una libertad de elección, mayor o menor, para adoptar sus determinaciones»⁵⁸, habrá de admitirse que aquello no será, en principio, posible. Decimos en principio porque, aunque no es muy corriente, tal vez ocurra que el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para ejercer su potestad reglamentaria quede «reducido a cero» en un caso concreto⁵⁹. En suma, lo decisivo es que el correspondiente Tribunal disponga de elementos de juicio suficientes para determinar si la disposición administrativa finalmente emitida era la única conforme a Derecho que la Administración podía dictar.

En principio es, pues, del todo correcta la mayoritaria jurisprudencia que entiende que la omisión de dictámenes preceptivos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales determina la invalidez de los mismos. Las que merecen un análisis detenido, por lo que de excepcional tienen, son las escasas Sentencias del Tribunal Supremo que han seguido la solución contraria.

La de 20 de septiembre de 1988 (Ar. 7233) estima que, como la «actividad de informe [del Secretario General Técnico] carece de la nota de independencia [respecto del Ministro] que es propia de un órgano de control», «carece de sentido atribuir, como regla general, trascendencia destructora de la norma a la omisión de un informe que puede ser ciertamente útil, pero que cuando el superior lo decida se convertirá, ..., en una mera transcripción de un mandato emanado del vértice»⁶⁰. No le vemos el sentido a este razonamiento. Que la omisión ilegal del mencionado informe en el procedimiento de elaboración del reglamento produzca, o no, la invalidez del mismo depende de si el vicio ha impedido, o no, que el fin del trámite haya sido alcanzado. Y aquí no

⁵⁶ Vid. las SSTS de 12-2-1963 (Ar. 748), 29-12-1986 (Ar. 1675) y 9-3-1987 (Ar. 3513).

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 449.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁵⁹ Es el supuesto contemplado en la STS de 15-3-1993 (Ar. 2523), que anula la calificación urbanística que se había dado a cierta finca y la sustituye por otra.

⁶⁰ El razonamiento es mayor abundamiento, pues el TS estima que no era necesario seguir el procedimiento establecido en los arts. 129 y ss. LPA al tratarse la disposición impugnada de un «elemento normativo desgajado».

juega ningún papel el tipo de relación existente entre el órgano que informa y el que decide. Aunque el Ministro no está vinculado por el parecer del Secretario, éste le puede proporcionar al primero valiosos datos y elementos de juicio acerca de la conveniencia de dictar una concreta disposición reglamentaria. El propio Tribunal Supremo ha señalado que «no cabe diluir la importancia de este dictamen invocando la subordinación jerárquica del Secretario General Técnico al Ministro: ciertamente aquélla existe pero ello no es bastante para hacer pensar que dicho dictamen se va a formular servilmente y con abdicación de los criterios que tenga la persona llamada a desempeñar» sus funciones⁶¹.

La STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 5241) no entra siquiera a considerar si el dictamen del Consejo de Estado era o no preceptivo en el supuesto que se le planteaba, porque entiende que en cualquiera de los dos casos su omisión no produciría la invalidez de la disposición impugnada. El argumento fundamental utilizado es que el mencionado informe «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»⁶². Este razonamiento sería intachable si no fuera porque la premisa de la que parte es incorrecta. La finalidad de aquel dictamen no es sólo efectuar un control previo de la legalidad de la disposición que se prepara, sino también proporcionar elementos de juicio al órgano decisor sobre la conveniencia y la oportunidad de la misma para que ésta sea lo más acertada posible. La ley es tan clara en este punto⁶³, y la jurisprudencia⁶⁴ y la doctrina⁶⁵ que se pronuncian en el mismo sentido son tan mayoritarias, que sobran ulteriores comentarios. Y lo mismo cabe decir del arriba citado informe de la Secretaría General Técnica⁶⁶.

⁶¹ STS de 25-9-1989 (Ar. 6698).

⁶² Las SSTS de 2-6-1987 (Ar. 5908) y 20-10-1988 (Ar. 8029) sientan la misma doctrina, si bien al enjuiciar actos de aplicación de un reglamento al que se le achacaba la referida ilegalidad.

⁶³ Vid. el art. 2.1 LOCE.

⁶⁴ Vid., entre otras, las SSTS de 9-3-1987 (Ar. 3513) y 27-11-1995 (Ar. 8944).

⁶⁵ Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Consejo...*, cit., pp. 80 y ss.; FALCÓN Y TELLA, F., «Efectos...», cit., pp. 1162 y 1164; GARCÍA-TREVILJANO GARNICA, «Efectos...», pp. 244 y 245, quienes critican la doctrina sentada por las SSTS de 5-5-1987 y 2-6-1987; BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 238 y ss.; REBOLLO PUIG, «El ejercicio...», cit., pp. 194 y ss., esp. p. 201. Sin embargo, GARCÍA ÁLVAREZ, *Función...*, cit., p. 30, opina que «esas valoraciones de oportunidad tienen un valor meramente marginal».

⁶⁶ Vid. la STS de 22-9-1989 (Ar. 6686), que anula el reglamento impugnado y dice que este informe no constituye «un requisito de simple control interno».

La STS de 4 de noviembre de 1986 (Ar. 7800) da un paso más. Considera innecesario averiguar si se habían cometido, o no, las ilegalidades en el procedimiento de elaboración de la disposición impugnada que alegaban los recurrentes, porque, aunque reconoce que dicho procedimiento «persigue,..., garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la norma que a través de esa cauce procesal se elabora», llega, después de un detenido y concienzudo análisis del contenido de aquella disposición, a la conclusión de que «no cabe dudar del acierto y oportunidad» de la misma⁶⁷. Aunque parezca increíble, lo cierto es que el Tribunal Supremo se arroga aquí una competencia, como es la de enjuiciar la mera oportunidad o conveniencia de la actividad administrativa, que no le corresponde. Basten para ilustrar lo que decimos dos Sentencias de este mismo Tribunal. En la primera se dejaba sentado que «son claramente diferentes las posiciones del Consejo de Estado [léase la Administración], a la hora de llevar a cabo su función consultiva [o decisoria], y de las Salas de Justicia, cuando de juzgar se trata: mientras que aquél,..., puede valorar aspectos de oportunidad y conveniencia, los Tribunales, en cambio, han de juzgar en el terreno de la legalidad»⁶⁸. En la segunda se resalta la importancia del dictamen del Consejo de Estado, «encaminada a efectuar un control preventivo de legalidad y a una valoración de la oportunidad y conveniencia [de la disposición] no sustituible,..., por el control a posteriori de mera ilegalidad que puede efectuar el propio Tribunal»⁶⁹.

La STS de 18 de abril de 1986 (Ar. 2800) dice que, «aunque la omisión del citado informe⁷⁰ convierte a la orden impugnada en irregular, no le impide alcanzar la finalidad para la que fue promulgada, ni generar indefensión en las recurrentes, pues nada garantiza,..., que la observancia del trámite omitido signifique para las recurrentes una posibilidad de defensa de sus intereses ni un posible cambio en el contenido de la orden»⁷¹. Es evidente que la omisión de este informe no genera indefensión, sencillamente porque la finalidad del mismo no es permitir que los destinatarios del reglamento se defiendan. En lo demás, esta Sentencia merece una crítica desfavorable. En primer lugar, porque aquí se confunde la finalidad para la que fue promulgada la disposición impugnada, que probablemente pueda ser alcanzada, con la

⁶⁷ El ponente de esta STS y de las de 18-4-1986, 7-5-1987 y 20-9-1988 es GONZÁLEZ NAVARRO, que expone sus ideas sobre la cuestión en *Derecho...*, cit., t. III, pp. 1079 y ss., 1104 y ss. y 1118 y ss.

⁶⁸ STS de 9-3-1987 (Ar. 3513).

⁶⁹ STS de 27-11-1995 (Ar. 8944), que anula un reglamento elaborado con omisión de este informe.

⁷⁰ Se refiere al informe de la Secretaría General Técnica establecido por el art. 130.1 LPA.

⁷¹ En sentido similar, la STS de 13-4-1984 (Ar. 2566), aunque aquí el TS entendió que el plan impugnado no incurría en el vicio alegado por el recurrente.

finalidad que debía lograrse con su promulgación. No se trata sólo de que la disposición debía servir a ciertos fines públicos, sino que debía hacerlo de la forma más acertada posible. La finalidad no era simplemente satisfacer ciertos intereses, sino su óptima satisfacción. En segundo lugar, hay que reconocer que no es posible saber si de haberse cumplido el trámite se hubiese dictado otra disposición distinta y más acertada que la que se emitió, pero por eso mismo lo que procede es su anulación, como antes hemos intentado justificar. El Tribunal Supremo parte aquí de una inadmisibile presunción de acierto del reglamento contrario a la ley: ante la duda, la ilegal omisión de un trámite que constituye una «garantía intrínseca de acierto de la propia disposición, en aras del mejor servicio al interés público»⁷², trámite «cuya exigencia se fundamenta,..., en la necesidad de asegurar el máximo acierto en las disposiciones generales que deben engrosar el ordenamiento jurídico»⁷³, hay que entender que no menoscaba dicho acierto. Se produce, pues, una criticable inversión de la carga de la prueba, de la que se beneficia el infractor de la ley. Prueba que es prácticamente imposible aportar, como el propio Tribunal apunta: nada garantiza que el contenido de la disposición hubiese cambiado a mejor de haberse observado el trámite.

En conclusión, la lógica jurídica obliga a considerar inválido a todo aquel reglamento elaborado con infracción de las normas de procedimiento o de forma que pretendían asegurar el mayor acierto posible del mismo cuando los Tribunales carezcan de elementos de juicio suficientes para determinar si dicho fin ha sido conseguido. Recordemos cómo en el Derecho alemán esta lógica ha prevalecido —vía interpretación jurisprudencial— sobre la aparente voluntad del legislador de considerar relevantes los vicios de la ponderación sólo cuando hubiesen influido de manera evidente sobre el resultado de la misma⁷⁴.

b) Vicios de la publicación

El tema de la publicación de las normas que dicta la Administración presenta numerosos puntos polémicos: la obligatoriedad de publicar íntegra o sólo parcialmente el contenido de ciertos reglamentos, el deber de publicar las normas internas, a través de qué periódicos oficiales debe llevarse a cabo la publicación, etc. Estos y otros problemas se refieren al plano de la legalidad o ilegalidad, y no al de la validez o invalidez de esas normas, que es lo que constituye el objeto de nuestro trabajo. Hay que distinguir muy bien estos dos planos para evitar confusiones.

⁷² STS de 7-3-1990 (Ar. 2516).

⁷³ STS de 22-9-1989 (Ar. 6696).

⁷⁴ Vid. *supra*, III.5.A).a).b).

La publicación de las normas jurídicas, también la de las reglamentarias, proporciona publicidad a las mismas, hace que «puedan ser conocidas exacta y fácilmente por aquellos a los que vinculan»⁷⁵, pero, sobre todo, persigue hacer constar de modo fehaciente e indiscutible el contenido de la norma publicada⁷⁶. El gran servicio que este requisito de forma presta a la certeza del Derecho ya ha sido suficientemente resaltado⁷⁷.

Los vicios relativos a la publicación de los reglamentos pueden consistir, básicamente, en su falta total o parcial de publicación, en la publicación en un lugar distinto del prescrito por la ley o en la publicación de un texto que no es exactamente el adoptado por el órgano titular de la potestad reglamentaria.

Resulta evidente que la falta total o parcial de publicación del texto reglamentario frustra la finalidad perseguida por la ley. Ni los ciudadanos pueden conocer fácil y exactamente la norma no publicada, ni se hace constar de un modo fehaciente e indiscutible su contenido. La publicación del reglamento en un lugar distinto del prescrito por la ley podría dar fehaciencia de su contenido, pero dificulta enormemente a sus destinatarios el conocimiento del mismo. Imaginemos que una norma dictada por una Comunidad Autónoma se publica sólo en el diario oficial de otra Comunidad; esa norma es incapaz de cumplir todas las finalidades que le marca el Derecho. Cabe afirmar, pues, que la norma reglamentaria que incurre en alguno de estos dos vicios no vale.

El artículo 52.1 LPC dice que «para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda». Podría pensarse que, de acuerdo con este precepto, la publicación es condición de eficacia jurídica y no de validez de los reglamentos; las disposiciones reglamentarias no publicadas son válidas, pero ineficaces. No creemos que pueda obtenerse esta conclusión a partir del citado artículo. Del mismo se deduce que un reglamento no publicado es jurídicamente ineficaz, pero también que es inválido. Que un acto jurídico es inválido quiere decir que los efectos jurídicos queridos por él no son respaldados por el ordenamiento. La regulación, los derechos y obligaciones, que el acto ha querido establecer no valen jurídicamente. El acto no obliga. Pues bien, eso es exactamente lo que dispone el artículo 52.1 LPC: la regulación establecida por una disposición reglamentaria no obtendrá el respaldo del Derecho, no obligará, mientras no sea publicada.

Queda por analizar el tercer supuesto, el de la publicación de un texto distinto del adoptado por el órgano titular de la potestad reglamentaria. Es posible que este vicio no afecte negativamente a la finalidad de la publicación:

⁷⁵ SAINZ MORENO, «La publicidad...», cit., p. 122.

⁷⁶ DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 99.

⁷⁷ Vid. BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 24 y ss. y 110.

garantizar la certeza y el conocimiento de la norma que se adoptó realmente. Esto sucederá cuando el defecto no suponga una alteración del sentido de la disposición emanada por la Administración. Estos defectos no deben afectar a la validez del reglamento⁷⁸. En los restantes casos hay que considerar que tanto la norma adoptada y no publicada, como la que se desprende del texto publicado son inválidas. La primera, en cuanto que norma no publicada, por las razones que se expusieron con anterioridad. La segunda, por haber sido dictada prescindiendo totalmente del procedimiento de elaboración establecido por la ley y no ser fruto de la voluntad del órgano competente para emitirla⁷⁹.

c') Infracciones de las normas reguladoras de trámites que ofrecen la posibilidad a ciertas personas de ser oídas en el procedimiento de elaboración del reglamento

El Tribunal Supremo ha dicho alguna vez que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales no rige el «principio de contradicción», esto es, que no hay que oír a las personas titulares de derechos e intereses legítimos afectadas por la correspondiente disposición, y que, por tanto, la omisión de este trámite no les puede causar indefensión⁸⁰. Esta afirmación, que se hacía para justificar una tesis —la del carácter facultativo del trámite contemplado por el artículo 130.4 LPA— que aquel mismo Tribunal acabó por abandonar⁸¹, es criticable. El artículo 105.a) CE ya da a entender claramente que, en principio, se dará audiencia a los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten⁸². El problema es que a veces resulta inviable dar audiencia en tales procedimientos a todos las personas afectadas, por lo que el legislador, la jurisprudencia y la doctrina se enfrentan al reto de encontrar soluciones practicables que sean capaces todavía de servir a los mencionados fines. En cualquier caso, este problema no atañe al objeto de nuestro trabajo.

⁷⁸ En este sentido, aunque respecto de las leyes, BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 131, 132, 138 y ss. y 157 y 158, que estima que se trataría de irregularidades no invalidantes. Vid., también, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 489. PÉREZ SERRANO, «Las erratas en las leyes», *Escritos de Derecho Político*, 1984, t. II, pp. 846 y 848, ya advertía que la errata —«discordancia involuntaria entre lo escrito por el autor y lo publicado por la imprenta»—, «puede ser trivial e intrascendente, y el buen sentido del lector la salva».

⁷⁹ Con razonamientos diferentes llegan a parecida solución BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 124, 103 y 142 y ss.; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 490.

⁸⁰ Vid., entre otras, las SSTs de 10-6-1981 (Ar. 2455), 19-2-1987 (Ar. 666) y 2-3-1987 (Ar. 1832).

⁸¹ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 24-9-1991 (Ar. 6968), 17-10-1991 (Ar. 7845), 5-2-1992 (Ar. 2343) y 25-5-1995 (Ar. 4290).

Lo cierto es que trámites como los previstos en los artículos 130.4 LPA y 24.1.c) LG persiguen primero que nada ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de hacerse oír y defender sus derechos e intereses en el procedimiento de elaboración de los reglamentos que les afectan⁸³. El dar la oportunidad a un sujeto de defender sus derechos e intereses legítimos antes de adoptar una decisión pública que le afecte se justifica en el respeto a la dignidad humana⁸⁴. «El derecho a ser oído y el derecho a recibir una explicación de por qué,..., expresan la elemental idea de ser una persona más que una cosa»⁸⁵.

Este tipo de trámites constituye igualmente un buen cauce de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por lo que también contribuyen a dotar de legitimidad democrática a la correspondiente disposición reglamentaria⁸⁶.

Dar oportunidad a las personas afectadas en sus derechos e intereses por una disposición reglamentaria de hacerse oír en el procedimiento de elaboración de la misma sirve además a una tercera e importante finalidad: garantizar el acierto de dicha norma⁸⁷. Los ciudadanos pueden proporcionar a la Administración información, razones y datos, elementos de juicio que el órgano decisor desconocía y que probablemente le serán de gran utilidad para intentar que su decisión sea lo más acertada posible. Además, aquella legitimidad, la aceptación que el reglamento tenga entre sus destinatarios, limita el riesgo de que éste suscite litigios y facilita, por tanto, la ejecución del mismo⁸⁸.

⁸² Vid. las SSTs citadas en la n. anterior.

⁸³ Vid. PARADA VÁZQUEZ, «Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad de la Administración», *Comentarios a las Leyes políticas*, (dir. Alzaga Villaamil), 1985, t. VIII, pp. 300 y 301, que considera que se trata de técnicas de garantía de los derechos de los ciudadanos y no de técnicas de participación. En contra, REBOLLO PUIG, «La participación...», cit., p. 115.

⁸⁴ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 138, que aduce además los principios de buena fe y buena administración; LAVILLA RUBIRA, *La participación...*, cit., pp. 102 y 103; BONK, «§ 28», *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, (dir. Stelkens, Bonk y Sachs), 1998, pp. 629 y 630; HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 200; HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 158 y ss., 207 y ss. y 294 y ss.

⁸⁵ TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Inc., Mineola, Nueva York, 1988, p. 666 (*apud* LAVILLA RUBIRA, *La participación...*, cit., p. 102). En sentido similar, los autores alemanes citados en la n. anterior.

⁸⁶ Vid. LAVILLA RUBIRA, *La participación...*, cit., pp. 103 y ss.; BAÑO LEÓN, *Los límites...*, cit., pp. 147 y 227. Vid., así mismo, las SSTs de 11-7-1986 (Ar. 5060), 15-7-1986 (Ar. 5105), 24-7-1987 (Ar. 7671) y 29-3-1988 (Ar. 2489).

⁸⁷ Vid. las SSTs de 12-1-1990 (Ar. 335) y 16-1-1996 (Ar. 263); DE LA CRUZ FERRER, «Hacia...», cit., pp. 129 y 130; LAVILLA RUBIRA, *La participación...*, cit., p. 98 y ss.; EZQUERRA HUERVA, «En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de los reglamentos por las Comunidades Autónomas», *Autonomías*, 18, 1994, p. 346, n. 20 y pp. 348 y 349.

⁸⁸ Así lo advierte la STS de 25-5-1988 (Ar. 3966).

Ahora bien, las personas a las que hay que dar oportunidad de ser escuchadas en dicho procedimiento son muy libres de participar efectivamente en él, defender sus derechos e intereses legítimos y proporcionar elementos de juicio a la Administración. Tienen, por tanto, un cierto poder de disposición sobre la efectiva consecución de aquellos objetivos. El defectuoso cumplimiento o la omisión de este trámite sólo frustrará la consecución de sus fines — lesionará los intereses jurídicamente protegidos por la norma que prescribe la realización del trámite— cuando la persona a la que debía haberse dado la oportunidad de ser escuchada tenía intención de intervenir en el procedimiento con tal finalidad.

En cambio, el reglamento dictado con omisión o defectuosa realización del trámite no habrá lesionado ningún interés jurídicamente protegido si la persona que debería haber tenido la posibilidad de ser escuchada hubiese rechazado participar en el procedimiento. El principio de conservación justificaría entonces la validez de este reglamento ilegal. El sentido común nos dice que resulta un tanto absurdo considerar inválida una disposición administrativa por haber sido elaborada sin haber dado oportunidad previamente a un ciudadano de manifestar sus opiniones, cuando éste no quería manifestarlas e, incluso, está totalmente de acuerdo con el contenido de la misma.

Así, pues, resulta razonable tener por válido al reglamento aquejado de una de estas ilegalidades mientras la persona a la que debía haberse dado la oportunidad de ser escuchada en el procedimiento de elaboración del mismo no lo impugne por tal motivo.

Algo parecido sucede en el Derecho privado. Algunas normas que regulan la celebración de negocios jurídicos protegen especialmente los intereses [disponibles] de ciertas personas, y cuando se verifica la infracción de una de estas normas se «deja al arbitrio de ellas la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Se sigue de ello una clara restricción de la acción de anulación»⁸⁹. El contrato se reputa válido mientras aquellas personas no lo impugnen.

Similar solución cabe predicar para las leyes que padecen determinados vicios de procedimiento. Así, BIGLINO CAMPOS ha defendido que la infracción de normas que prescriben la participación de ciertos sujetos en el procedimiento legislativo «puede resultar sanada cuando los beneficiarios de las mismas consientan dicho incumplimiento»⁹⁰. Esta autora denomina a este modo de «sanación» «aquiescencia», señala que ésta «puede darse sólo cuando las normas que se infringen son disponibles por los beneficiarios, por constituir exclusivamente una garantía de sus intereses»⁹¹, y considera que «la acepta-

⁸⁹ Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pp. 460 y 461.

⁹⁰ BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., p. 139

⁹¹ *Ibidem*, p. 143.

ción de las infracciones de las normas que garanticen la participación se presume siempre que no exista denuncia por parte de los beneficiados de dichas normas»⁹².

El Tribunal Supremo también ha dejado sentado en una reiterada jurisprudencia que la «indefensión no puede ser invocada por cualquier persona, ni siquiera puede apreciarse de oficio, sino que ha de ser alegada por aquel que real y subjetivamente estime que ha padecido la indefensión» en el procedimiento de elaboración del correspondiente acto administrativo⁹³.

Esta misma doctrina sigue el Tribunal Supremo respecto de las disposiciones reglamentarias. La resolución de los litigios en los que una persona impugna un reglamento por faltar el trámite de audiencia en su procedimiento de elaboración pasa por determinar si dicha persona, y no una tercera, debía haber sido oída en el procedimiento. Aquí cabe destacar la STS de 9 de julio de 1993 (Ar. 8187), que desestima la pretensión de anular cierto reglamento debido a que la Administración no estaba obligada a conceder audiencia al recurrente y a que, «si lo que reivindica la demandante es no la audiencia propia, sino la de otras entidades, entonces el fracaso del argumento es más clamoroso, si cabe: esas entidades no han impugnado, que se sepa el [reglamento],..., y la parte actora no puede esgrimir indefensiones de otras entidades en contra quizá de la propia voluntad de quienes, a lo mejor, han aceptado de buen grado la regulación que contiene el [reglamento]». Esta jurisprudencia se reitera en Sentencias posteriores: «La falta de audiencia de los Sindicatos correspondientes y Asociación de Consumidores y Usuarios no puede ser alegada por terceros»⁹⁴; los recurrentes no pueden «denunciar la falta [de audiencia] respecto de aquellas [personas] que de haberse producido serían las únicas legitimadas para ponerlo en evidencia»⁹⁵.

c) Los vicios de procedimiento y el principio de proporcionalidad. La extemporaneidad del reglamento

Normalmente, la validez de un reglamento ilegal perjudica a los intereses protegidos por la norma infringida —v. gr., el acierto de la disposición— y beneficia a otros intereses, principalmente, a los que representa la seguridad

⁹² *Ibidem*, pp. 140 y 141.

⁹³ STS de 13-4-1981 (Ar. 1837); en el caso resuelto por esta STS la persona a la que no se había concedido audiencia «además de no haber comparecido en este proceso, fue la favorecida por la resolución» administrativa. *Vid.* también las SSTs de 4-5-1972 (Ar. 2926), 19-6-1978 (Ar. 2425), 12-12-1979 (4357), 11-4-1984 (Ar. 1991), 24-9-1984 (Ar. 4545), 4-2-1985 (Ar. 942), 4-1-1990 (Ar. 322), 23-6-1992 (Ar. 6170) y 31-3-1998 (Ar. 3940).

⁹⁴ STS de 29-5-1996 (Ar. 4449).

⁹⁵ SSTs de 17-7-1996 (Ar. 6429), 3-2-1997 (Ar. 1552) y 27-5-1998 (Ar. 4195).

jurídica. El principio de proporcionalidad exigirá la validez del reglamento siempre que las exigencias de la seguridad jurídica sean mayores que las del principio de legalidad. Precisar cuál de los dos intereses «pesa» más en un caso concreto no es una tarea ni mucho menos sencilla, puesto que los dos términos de la comparación tienen diversa índole. En cualquier caso, debe advertirse que la seguridad jurídica sólo comenzará a exigir la conservación del reglamento ilegal cuando éste haya generado la confianza de determinadas personas en su validez, para lo cual será necesario que haya transcurrido un tiempo desde que fue emitido. Por ello, la seguridad jurídica podría justificar la convalidación por el mero transcurso del tiempo de un reglamento ilegal o su validez en parte del dominio temporal en el cual dicho reglamento pretendía producir efectos jurídicos, pero no la absoluta irrelevancia de su ilegalidad.

A veces, la invalidez de un reglamento ilegal es, paradójicamente, todavía más lesiva para los intereses protegidos por la norma infringida que la validez del mismo. En estos supuestos, el principio de proporcionalidad justifica la conservación del reglamento. Es el caso de algunas disposiciones administrativas dictadas fuera del plazo legalmente establecido. Aquí hay que hacer algunas precisiones:

El Tribunal Supremo ha considerado en alguna ocasión que, para determinar si hay o no hay retraso a la hora de dictar un reglamento, ha de estarse al momento en el que se efectúa la adopción del mismo y no al de su publicación⁹⁶. A nosotros nos parece que ha de tenerse muy presente la finalidad perseguida por la ley con el establecimiento del plazo. En estos casos, la ley suele querer que, por diversas razones, se regule jurídicamente una materia dentro de cierto periodo de tiempo, y no simplemente que la Administración emita una declaración de voluntad, que puede permanecer en secreto *sine die*. Lo que lesiona la finalidad perseguida por la ley es, pues, el hecho de que se retrase la regulación jurídica de una materia. Pues bien, como un reglamento no puede comenzar a regular válidamente una materia hasta que no sea publicado, hay que entender que es este momento, el de su publicación, el que hay que tomar como referencia a efectos de determinar si es o no extemporáneo⁹⁷.

Las normas jurídicas que establecen estos plazos regulan el aspecto temporal del procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria⁹⁸, en

concreto, del trámite que pone fin al mismo: la publicación. Éste es un trámite de comunicación de una voluntad administrativa ya formada⁹⁹, pero en el caso de los reglamentos es también uno de los trámites que han de cumplirse para que la regulación establecida por dicha voluntad alcance validez, por lo que puede decirse que la publicación forma parte del procedimiento de elaboración de los reglamentos¹⁰⁰.

Ocurre a veces que la Administración ejercita su potestad reglamentaria una vez transcurrido el plazo que las leyes le marcan para ello. Pero aquí hay que volver a insistir. Deben deslindarse los supuestos en los que se ha cometido una ilegalidad de aquellos en los que una interpretación teleológica y sistemática de la norma de procedimiento obliga a entender que la Administración ha obrado conforme a Derecho. En este sentido hay que entender las palabras de cierto autor que señala que «la razonabilidad modula, ..., la exigibilidad del plazo legalmente establecido»¹⁰¹.

Puede traerse aquí como ejemplo el caso del Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia, dictado casi treinta y cuatro meses después de que expirara el plazo establecido legalmente¹⁰². El Tribunal Supremo entendió que, aunque éste era un plazo «urgente, apremiante, perentorio», imperativo, había una circunstancia que justificaba el «extraordinario retraso». Dicho reglamento desarrollaba una polémica Ley sobre la que pendía un recurso de inconstitucionalidad, por lo que el Gobierno prefirió esperar a que el Tribunal Constitucional despejara las dudas al respecto. Garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la disposición justificaban la demora¹⁰³.

En este sentido, el Consejo de Estado ha dicho que «ha de admitirse la posibilidad de que, en algunos supuestos, convenga retrasar el desarrollo reglamentario de los preceptos legales combatidos en su constitucionalidad, por sólidas razones de oportunidad. A la hora de tomar una decisión semejante se han de ponderar de forma adecuada todos los factores, entre los que destacan la mayor o menor necesidad de la norma reglamentaria, su eventual urgencia para dar solución a situaciones inconvenientes, así como las consecuencias que se derivarían de la anulación de la ley combatida»¹⁰⁴. Aquí se trataba de una cuestión de oportunidad, porque no se había fijado plazo imperativo alguno para dictar el reglamento, pero ninguna duda cabe de que aquellos factores pueden llegar a justificar, incluso a exigir, que se demore la

⁹⁶ Vid. las SSTs de 2-11-1979 (Ar. 3777) y 21-1-1986 (Ar. 1569).

⁹⁷ En sentido parecido, si bien en relación con los Decretos legislativos, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 676; VIRGALA FORURIA, «De nuevo sobre los Decretos Legislativos», *REDC*, 56, 1999, pp. 54 y ss.

⁹⁸ GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, cit., pp. 306 y 307, dice que el señalamiento de estos plazos o términos constituye un «requisito formal» y que su incumplimiento supone un «vicio de forma».

⁹⁹ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 485.

¹⁰⁰ BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., pp. 46 y ss., esp. pp. 58 y 59, también considera que la publicación de una ley forma parte del procedimiento legislativo.

¹⁰¹ GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, cit., p. 309.

¹⁰² (RD 20/1988, de 15 de enero). Vid. la disp. final de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva.

¹⁰³ Vid. las SSTs de 12-1-1990 (Ar. 335) y 18-7-1991 (Ar. 6350).

¹⁰⁴ Vid. el DCE de 26-6-1993 (RDL 44).

emisión de una disposición reglamentaria en contra de lo dispuesto por el tenor literal de las leyes.

Hechas estas precisiones, hay que señalar que, para determinar si un reglamento extemporáneo vale o no, resulta de fundamental importancia saber cuál es la concreta finalidad que una ley persigue cuando ordena a la Administración que ejercite su potestad reglamentaria dentro de un determinado periodo de tiempo.

Lo más corriente es que pretenda que los intereses públicos a los que da cobertura el reglamento se vean satisfechos con prontitud. Cuando en estos casos se incumple el plazo correspondiente, se retrasa ilegalmente la satisfacción de aquellos fines, se les ocasiona un perjuicio antijurídico, se frustra la consecución de la finalidad perseguida por la norma al establecer el plazo. Ahora bien, la invalidez de ese reglamento extemporáneo pero ajustado en todo lo demás a Derecho sería todavía más perjudicial para dichos intereses que su validez. La anulación del reglamento y la elaboración de uno nuevo retrasaría aún más la satisfacción de aquellos fines públicos. A la vista de los beneficios y los costes que produciría esta medida, no queda otra solución, en virtud del principio de proporcionalidad, que considerar válida la disposición reglamentaria dictada fuera de plazo. En esta línea se mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque normalmente acude a argumentos tautológicos para motivar sus decisiones. Así, dice que la naturaleza del plazo no impone la anulación de la disposición¹⁰⁵, o que el plazo no es de caducidad¹⁰⁶ o que las remisiones normativas no se agotan en tanto no se derogue la ley de remisión, aunque se haga uso de las mismas una vez transcurrido el plazo señalado al efecto¹⁰⁷. Sólo en un par de Sentencias se invoca implícitamente el principio de proporcionalidad para desestimar el recurso interpuesto contra un reglamento dictado fuera de cierto plazo imperativo, pues «la intención de ese plazo es la rápida integración de los funcionarios en el Cuerpo creado», «acelerar la constitución» de este Cuerpo, y «la nulidad supondría un retraso, contrario a lo pretendido» por la misma ley¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Vid. la STS de 2-2-1988 (Ar. 1154).

¹⁰⁶ Vid. la STS de 16-11-1992 (Ar. 9254). En el mismo sentido, CALVO CHARRO, «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, 137, p. 262. En contra, las SSTC 212/1996, de 12 de diciembre (FJ 7), y 116/1999, de 17 de junio (FJ 17), y COSCULLUELA MONTANER, *Manual...*, cit., p. 129, que sostiene que «los reglamentos ejecutivos que según la ley que los habilita deben ser aprobados en un plazo determinado, incurrir en vicio de nulidad si no lo fueran en dicho plazo, por caducidad de la autorización habilitante».

¹⁰⁷ Vid. la STS de 2-2-1988 (Ar. 1154). La STS de 14-10-1996 (Ar. 8651) dice que el incumplimiento de estos plazos «no desapodera a la Administración de su potestad reglamentaria». En sentido similar, *vid.* la STS de 27-3-1998 (Ar. 2858).

¹⁰⁸ Vid. las SSTs de 25-4-1983 (Ar. 2036) y 20-7-1983 (Ar. 3879). Dice CALVO CHARRO, «Naturaleza...», cit., p. 272, que en estos casos la anulación del reglamento «sería

La validez del reglamento extemporáneo no quita que la Administración deba indemnizar a la persona que haya sufrido una lesión patrimonial como consecuencia del retraso¹⁰⁹.

La ley también puede perseguir otras finalidades distintas de la señalada cuando obliga a la Administración a ejercer su potestad reglamentaria dentro de un determinado lapso de tiempo. Es el caso contemplado por la STS de 2 de noviembre de 1979 (Ar. 3777). El ordenamiento jurídico otorgaba a la Administración el poder de limitar anualmente por vía general las autorizaciones para plantar viñedos, siempre que lo hiciese «antes del mes de agosto de cada año». Con la fijación de ese plazo se pretendía, pues, que los ciudadanos supieran a partir de ese momento a qué atenerse a la hora de realizar sus inversiones. Dicho plazo respondía a razones de seguridad jurídica. Por lo demás, aquel Tribunal resolvió el litigio con gran desacierto. El Gobierno había dictado un Decreto, promulgado el 27 de julio de 1975 y publicado el 18 de agosto del mismo año, donde se establecía que durante la campaña 1975-1976 no se autorizarían nuevas plantaciones. La empresa recurrente, que había concluido durante los primeros días de agosto numerosos contratos relativos a nuevas plantas confiada en obtener las correspondientes autorizaciones, vio desestimado su recurso con el argumento de que el Decreto se había promulgado dentro de plazo. Aquí se aprecia con claridad que lo justo a efectos de determinar si ha habido un retraso ilegal es tomar como punto de referencia la fecha de la publicación del reglamento y no la de su adopción. La finalidad perseguida por la ley —la seguridad jurídica— quedaba lesionada al darse validez al reglamento publicado con posterioridad al 31 de julio del año en cuestión. El mencionado Decreto debería haber sido considerado inválido, sin que cupiera la solución contraria por aplicación del principio de proporcionalidad, pues la ley ya había efectuado una ponderación entre ciertos valores e intereses y se había decidido por el de seguridad jurídica.

Los plazos fijados por las leyes de delegación también responden a finalidades distintas de la rápida satisfacción de ciertos intereses públicos. El hecho de que la propia Constitución obligue al legislador a fijar un plazo

incongruente,..., con el sentido teleológico de las disposiciones legales que los establecen [los plazos], que es precisamente lograr el cumplimiento de los plazos a la mayor brevedad posible».

¹⁰⁹ Vid. la STS de 27-6-1989 (Ar. 4717), que enjuicia una OM de carácter reglamentario que fijó determinado precio máximo del azúcar con 35 días de retraso sobre la fecha marcada por un RD, lo que perjudicó a los fabricantes de dicho producto, puesto que durante aquel periodo de tiempo estuvieron rigiendo los precios anteriores, inferiores a los que marcaba aquella OM; el TS no anula la norma impugnada, pero reconoce a los recurrentes el derecho a ser indemnizados. *Vid.* también la STS de 2-11-1979 (Ar. 3777).

determinado dentro del cual la Administración debe dictar el correspondiente decreto legislativo¹¹⁰ ya nos indica que la finalidad de ese plazo no es la de regular cuanto antes una determinada materia. Se trata de garantizar la seguridad jurídica y los valores democráticos que subyacen en la supremacía de las normas legales frente a la excepcional facultad que se atribuye al Gobierno de dictar disposiciones con fuerza de ley¹¹¹, facultad de la que se ha llegado a decir que resulta «disonante en el marco de un Estado democrático»¹¹². La fijación de aquel plazo no es sino una de entre otras muchas cautelas que el constituyente ha considerado necesario establecer al respecto¹¹³. Aquellos valores prevalecen frente a la pronta satisfacción de los intereses públicos amparados por el decreto legislativo, que en este caso no es merecedora de protección jurídica, entre otras cosas, porque el Gobierno ya dispone del poder de dictar decretos-leyes para los casos en los que resulta de extraordinaria y urgente necesidad regular con fuerza de ley cierta materia¹¹⁴. Por estas razones, no valen los decretos legislativos dictados fuera del plazo fijado en la ley de delegación. Cuestión esta pacífica entre la jurisprudencia¹¹⁵ así como entre la doctrina¹¹⁶.

B) Vicios de los motivos

Si la apreciación de los hechos que la Administración lleva a cabo y que le mueve a dictar un acto administrativo no se acomoda a las reglas jurídicas establecidas al respecto, no se corresponde con la realidad o no resulta congruente con el contenido de dicho acto, en definitiva, cuando éste padece un vicio en sus motivos, o como dice algún autor en su causa¹¹⁷, las consecuencias pueden ser varias:

Puede suceder, paradójicamente, que la valoración de los hechos que ha movido a la Administración a dictar un acto sea exacta, pero se haya basado,

¹¹⁰ Vid. el art. 83.2 CE.

¹¹¹ Según BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., p. 179, este plazo supone «una limitación para el Ejecutivo establecida en beneficio del titular originario de la función legislativa».

¹¹² SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 626.

¹¹³ Vid. los arts. 82 y 83 CE.

¹¹⁴ Vid. el art. 86 CE.

¹¹⁵ Vid. las SSTs de 25-9-1981 (Ar. 3294) y 12-7-1983 (Ar. 3950).

¹¹⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 258; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1378; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 681; *vid.*, así mismo, el DCE de 22-2-1996 (RDL 13). Sobre el problema de si estas normas pueden valer como simples reglamentos, *vid. infra*, XI.

¹¹⁷ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 347 y 348 y 393 y ss. Otros autores entienden por causa algo distinto; *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 542 y ss.; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 460 y ss.

a su vez, en apreciaciones erróneas. Imaginemos que la Administración deniega a un concursante el acceso a un puesto de trabajo porque considera insuficiente la puntuación obtenida por éste en el concurso. Posteriormente, se comprueba que el ciudadano merece una puntuación mayor que la inicialmente otorgada pero todavía insuficiente¹¹⁸. Pongamos que la Administración dicta un reglamento porque estima que una determinada ley le otorga potestad para ello, cuando, en verdad, es otra norma la que le confiere dicho poder. Interesa dejar claro que no toda apreciación inexacta de la realidad realizada por la Administración al elaborar un acto administrativo determina una ilegalidad. Sólo cuando la emisión del acto ha tomado como base —ha sido motivada, causada por— una apreciación incorrecta de la realidad podemos hablar de un vicio en los motivos. No se obliga a la Administración a la exactitud en la apreciación y valoración de cualesquiera hechos, sino sólo a la de los que resulten relevantes para decidir. «Un error leve, o sobre hechos accidentales,..., no tendrá ninguna consecuencia sobre la regular constitución del acto administrativo»¹¹⁹.

El vicio en los motivos puede hacer que se dicte un acto cuando realmente no se cumple el presupuesto de hecho de la norma que otorga a la Administración la potestad de dictarlo. Imaginemos que un Alcalde adopta una serie de medidas, que en circunstancias normales no podría tomar, para hacer frente a una situación catastrófica¹²⁰ en realidad inexistente. Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, estos defectos habría que considerarlos de incompetencia¹²¹. El vicio en los motivos habría provocado otro de incompetencia.

El defecto puede hacer que el contenido del acto viciado sea ilegal, como cuando la Administración deniega ilegalmente una licencia de edificación porque considera erróneamente que lo proyectado no se ajusta a las prescripciones del planeamiento urbanístico o cuando un error lleva a establecer una ordenación urbanística inviable o irracional¹²².

También es posible que el vicio en los motivos no determine la ilegalidad del contenido del acto, pero, en cambio, disminuya su acierto. Pongamos por caso que el Gobierno nombra a una persona Director de la Guardia Civil

¹¹⁸ Vid. la STSJ de Cataluña de 6-5-1996 (Ar. 796) y la STSJ de Canarias de 20-6-1997 (Ar. 2181).

¹¹⁹ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 399. En el Derecho civil, sólo el error «esencial» invalida el contrato; *vid.* al respecto el art. 1266 CC y MORALES MORENO, «Artículo 1266», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirs. Albaladejo y Díaz Alabart), 1993, t. XVII, vol. 1º-B, pp. 283 y ss.

¹²⁰ Vid. el art. 21.1.m) LBRRL.

¹²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., pp. 271 y ss.

¹²² Vid. un caso similar comentado por SUAY RINCÓN, «El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos», *RAP*, 124, 1991, pp. 249-262.

porque cree equivocadamente que ha cursado tres carreras universitarias cuando en realidad sólo es licenciado en Derecho. Aunque la ley no impida nombrar para ese cargo a una persona que únicamente haya alcanzado este último título, tal vez el Gobierno hubiese cambiado de opinión en busca de mayor acierto de haber conocido la verdad. O pongamos por caso que la Administración se cree erróneamente vinculada por la ley a adoptar una determinada decisión cuando, en realidad, también podía haber tomado otras igualmente ajustadas a Derecho¹²³.

Es evidente que un reglamento que sufre un vicio en los motivos que produce, a su vez, uno de incompetencia o de contenido es inválido. El problema se presenta en los restantes supuestos, en los que posiblemente el defecto haya mermado el acierto de la disposición.

Históricamente, la jurisprudencia ha jugado un importante papel a la hora de descubrir las reglas a las que había de someterse la actividad administrativa. Es por ello que muchas de estas reglas han sido formuladas desde una perspectiva patológica¹²⁴, desde una perspectiva de los defectos de los actos administrativos. Así han nacido, por citar tres ejemplos, las doctrinas de la desviación de poder¹²⁵, del error manifiesto de apreciación¹²⁶ y de los vicios de la ponderación¹²⁷. Pero todos estos vicios no son otra cosa que infracciones de normas jurídicas que exigen de la Administración cierto comportamiento¹²⁸. Los vicios de los motivos constituyen infracciones de la norma que impone a la Administración la obligación de dictar sus actos sobre la base de apreciaciones correctas y exactas de los hechos, sobre la base de razonamientos consistentes, libres de errores lógicos. Esta regla jurídica, que puede deducirse sin demasiadas dificultades de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹²⁹, persigue asegurar la legalidad y el máximo acierto de las decisiones administrativas. La Administración está obligada a actuar así porque cabe razonablemente prever que, de esta manera, sus actos

¹²³ Lo que la doctrina alemana llama *Ermessensnichtgebrauch* o *Ermessensunterschreitung* (OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., § 10, m. 16; WOLFF, BACHOF y STOEER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 31, m. 48).

¹²⁴ Dice OSSENBUHL, «Eine Fehlerlehre...», cit., p. 806, que «es propio de la profesión de Juez de lo contencioso-administrativo el tener que ocuparse de la patología de la Administración».

¹²⁵ Vid. CHINCHILLA, *La desviación...*, cit., pp. 30 y ss.

¹²⁶ Vid. LAUBADÉRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité...*, cit., pp. 485 y ss.

¹²⁷ Aquí destaca la S del BVerwG de 12-12-1969 (comentada por HOPPE, «Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit», *BauR*, 1970, pp. 15 y ss.), que ensaya una tipología de los vicios de la ponderación (*Abwägungsausfall*, *Abwägungsdefizit*, *Abwägungsfehleinschätzung* y *Abwägungsdisproportionalität*).

¹²⁸ En sentido similar, y respecto de la doctrina alemana de los vicios de la ponderación, HOPPE, «Das Abwägungsgebot...», cit., p. 1035.

¹²⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 470 y ss.

serán más acertados y satisfarán mejor los intereses públicos que si hubiesen sido dictados sobre la base de apreciaciones incorrectas, falsas o erróneas de la realidad, o constituyesen un fruto de la sinrazón.

La infracción de una norma relativa a los motivos de las disposiciones reglamentarias puede que no haya provocado un defecto de incompetencia o contenido de las mismas, pero probablemente disminuya su acierto. En estos casos, Jueces y Tribunales deben considerarla inválida a menos que dispongan de elementos de juicio suficientes para constatar que dicha disposición es la más acertada que cabía adoptar. Las poderosas razones que imponen esta conclusión han sido ya apuntadas con anterioridad al hablar de los defectos de procedimiento¹³⁰; a ellas nos remitimos.

C) Vicios de la voluntad

La ley pretende que las decisiones de la Administración sean fruto de un verdadero acto voluntario, libre de cualquier coacción externa, para que las mismas satisfagan de óptimamente el interés general. Pero a veces es la propia ley la que no deja margen alguno de libertad a la Administración para emitir su voluntad. Si la Administración toma la única decisión que de acuerdo con el Derecho podía adoptar, poco importa que haya actuado así por violencia, miedo o dolo. Por eso, ha señalado la doctrina que los vicios de la voluntad no determinan la invalidez de los actos administrativos reglados cuyo contenido está agotadoramente predeterminado por la ley, sino únicamente la de los actos discrecionales¹³¹. Sólo si los Tribunales disponen de suficientes elementos de juicio para comprobar que el acto viciado es el único que podía dictarse y, por tanto, el más conveniente para el interés público, habrá que considerarlo válido. Como ya se ha dicho con anterioridad, difícilmente va a suceder esto en el caso de las disposiciones generales, debido a su carácter discrecional.

D) Desviación de poder

Constituye desviación de poder «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico» (art. 70.2.II LJ).

Conviene distinguir entre esta ilegalidad y ciertos vicios de contenido. Cuando la LPC dice que el contenido de los actos administrativos será

¹³⁰ Vid. *supra*, VII.2.A).b).a').

¹³¹ Vid. DE ARCENEGUI, «Aportaciones a la teoría de los vicios del acto administrativo», *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, 1972, t. I, pp. 442 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 546 y 547; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., pp. 452 y 453.

adecuado a sus fines (art. 53.2) y prohíbe, por ende, que sirva a otros distintos, está regulando, obviamente, cómo debe ser dicho contenido. Este defecto puede haber sido provocado por la intención torcida del autor del acto, pero no es necesario que así suceda. Se ha dicho en este sentido que «es posible una desviación de poder de buena fe cuando el acto discrecional no tiende al fin propuesto por el Ordenamiento, por ejemplo, porque rompe el principio de igualdad jurídica»¹³². A nuestro juicio, lo que sucede en estos casos es que el contenido del acto es contrario a Derecho. En consecuencia, el reglamento que sufra uno de estos vicios será inválido.

La desviación de poder propiamente dicha consiste en que la intención o finalidad perseguida por el autor de un acto al dictarlo—finalidad subjetiva, pues¹³³—no es la fijada por el Derecho, con independencia de que el contenido del acto se ajuste o no a esta última¹³⁴.

Las mismas observaciones que se hicieron en relación con los vicios de los motivos pueden traerse aquí respecto de la desviación de poder. Este vicio constituye la infracción de la regla que obliga a la Administración a dictar sus actos con la intención de servir a los concretos fines públicos previstos por el Derecho. Esta regla busca que todo administrativo sirva de un modo óptimo a dichos fines, que se dicte el acto más conveniente para ellos. Si, a pesar de la desviación, los Tribunales constatan que el acto viciado satisface aquella finalidad, éste deberá ser considerado válido en virtud del principio de conservación. Sólo si comprueban que el acto es el único que cabía legalmente adoptar, podrán concluir que el mismo satisface óptimamente los fines marcados por el ordenamiento y, por tanto, sólo en este supuesto el acto viciado de desviación de poder podrá ser considerado válido. Por el contrario, la decisión viciada será inválida cuando los Tribunales carezcan de elementos de juicio para saber si es la que mejor satisface los fines que tenía fijados, debido a que la Administración podía haber adoptado otras decisiones igualmente ajustadas a Derecho y quizá más oportunas. Esto es lo que ocurrirá en el caso de las disposiciones reglamentarias, dado su carácter discrecional.

¹³² GARCÍA-TREVILJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 138.

¹³³ Vid. LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 476. Dice CHINCHILLA, *La desviación...*, cit., p. 118, que la desviación de poder supone que se ejerce una potestad administrativa «con la intención de no servir al fin que la legitima».

¹³⁴ En cambio, según VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, pp. 153 y ss., «habrá desviación de poder si el fin objetivo del acto y el fin de la norma no coinciden, pero ello sin entrar en la motivación psicológica interior de la autoridad administrativa».

E) Vicios de incompetencia

En el Derecho español, los actos administrativos dictados por órgano incompetente son inválidos. Al respecto, resulta irrelevante que se trate de una incompetencia jerárquica o por razón de la materia o del territorio¹³⁵.

El artículo 63.2 LPC establece que el «defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión». En ningún caso podría este precepto fundamentar el carácter no invalidante del vicio de incompetencia de un reglamento. El concepto de «forma» utilizado en sentido amplio por dicho artículo y por varios autores españoles comprende el procedimiento de preparación y formación de la voluntad administrativa y la manera de exteriorizar la misma¹³⁶, pero no la competencia para emanar esta declaración de voluntad¹³⁷.

Tampoco el principio de conservación en el que se inspira dicho precepto justifica la validez de los reglamentos viciados de incompetencia. Las normas que otorgan la competencia para dictar reglamentos pueden perseguir diversos fines. La infracción de estas normas frustra necesariamente la consecución de los mismos¹³⁸.

Cuando el Derecho otorga a un órgano la potestad de crear con sus declaraciones de voluntad normas reglamentarias es porque considera que ese órgano reúne las mejores condiciones para ejercer dicha potestad del modo más conveniente para el interés general. «La observancia de las normas de competencia no es un mero formalismo,..., puesto que el órgano competente está ocupado por personal experto y dotado de los medios materiales precisos, lo que constituye una garantía de una decisión de fondo correcta»¹³⁹.

¹³⁵ En cambio, en el Derecho alemán, el § 46 VwVfG establece que no puede anularse un acto administrativo sólo por haber sido dictado con infracción de las normas que regulan la competencia por razón del territorio cuando es evidente que dicha infracción no ha influido en el contenido de la decisión.

¹³⁶ Vid. ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, p. 193; GARCÍA-TREVILJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., pp. 116 y 157; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 472; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 363.

¹³⁷ En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 116 y 117. En la doctrina alemana, sin embargo, es frecuente incluir a la competencia entre los requisitos de legalidad formal de los actos administrativos; vid., por ejemplo, MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 10. En España, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 183, consideran que entre los «límites formales» de la potestad reglamentaria se halla la competencia para emanar reglamentos.

¹³⁸ Según BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 117, «las normas de competencia sí que resultan valiosas por sí solas, pues únicamente a través de ellas se puede conseguir que se ejerza las potestades el órgano que el ordenamiento establece que tiene que adoptar la decisión».

¹³⁹ MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 21, m. 46.

El incumplimiento de estas normas probablemente disminuirá el acierto del reglamento viciado. Dado el carácter discrecional de la potestad reglamentaria, los Tribunales difícilmente podrán comprobar que ese reglamento es el más acertado y conveniente para el interés público y que, por lo tanto, reúne los «requisitos indispensables para alcanzar su fin». Por las razones ya expuestas al hablar de los defectos de «forma», habrá que considerarlo inválido.

Las normas que otorgan la competencia a ciertos sujetos u órganos para crear con su voluntad unilateralmente efectos jurídicos también sirven a la seguridad. El que sólo determinados miembros de una comunidad tengan atribuido el ejercicio de ciertas potestades públicas es una exigencia elemental de este valor jurídico. Se crearía una situación caótica si hubiese que considerar válido un reglamento cualquiera que fuese el sujeto que lo hubiese emanado. Para identificar las normas jurídicas a las que deben obedecer, los miembros de una comunidad necesariamente deben verificar que lo que se les presenta como norma ha sido dictada por el órgano al que el Derecho otorga la potestad de dictarla¹⁴⁰. En suma, la seguridad jurídica exige que sólo puedan ser considerados válidos los reglamentos emanados por el órgano al que el ordenamiento otorga competencia para ello. Dicho principio demanda la invalidez de los reglamentos viciados de incompetencia.

VIII. LA EXTENSIÓN DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO

El artículo 64.2 LPC dispone que «la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado». De la invalidez parcial ha dicho el Tribunal Supremo que, aunque nuestra legislación «la refiere sólo en su dicción literal a los actos administrativos, ninguna duda existe respecto de su aplicabilidad en el campo de las disposiciones generales»¹. En el Derecho alemán, pasa algo parecido. Aunque no hay precepto legal alguno que regule expresamente la «nulidad» parcial de las normas reglamentarias, al contrario de lo que sucede con la de los negocios jurídico-privados, actos administrativos y contratos jurídico-públicos², tanto la jurisprudencia como la doctrina la admiten pacíficamente³.

1. NOCIÓN DE INVALIDEZ PARCIAL DE UN REGLAMENTO

Cuando se utiliza la expresión «invalidez parcial de un reglamento», en realidad se alude a la invalidez de parte de su *contenido*. El contenido de una disposición reglamentaria son los efectos jurídicos—derechos, obligaciones—establecidos por la declaración de voluntad en que tal disposición consiste, la norma, según la terminología de Kelsen. Las normas jurídicas tienen un ámbito o dominio de validez material—la norma expresa que deben llevarse a cabo determinadas conductas—, personal—esa conducta la deben realizar determinadas personas—, espacial—sólo las personas que se encuentran en cierto lugar— y temporal—el deber que la norma expresa vale para determinado periodo de tiempo—⁴.

Una norma reglamentaria puede valer en todo o en parte del ámbito material, personal, espacial y temporal de validez que se desprende de la declaración de voluntad que ha puesto esa norma. Cuando se dice que un reglamento es parcialmente válido es que sólo deben realizarse algunas de las conductas que éste prescribe o en un ámbito personal, espacial o temporal

¹ STS de 2-1-1989 (Ar. 377), que se refiere al art. 50.2 LPA, antecedente del 64.2 LPC.

² Vid., respectivamente, los §§ 139 BGB y 44.4 y 59.3 VwVfG.

³ Vid., por todos, GERN, «Teilnichtigkeit von Gesetzen und Satzungen», *NVwZ*, 1987, pp. 851-854; STÖBER, «Zur Teilnichtigkeit im öffentlichen Recht», *JA*, 1979, pp. 416-422.

⁴ Vid. Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁴⁰ Vid. *supra*, VI.3.B).c).a').d').

más reducido que el establecido por él. Lógicamente, la parte del contenido que no es inválida es válida, y viceversa. Los reglamentos parcialmente válidos son a la vez parcialmente inválidos.

No deben confundirse los supuestos de invalidez y subsiguiente anulación de parte del contenido de una disposición reglamentaria con la eliminación de una o de varias palabras del texto que sirve de soporte lingüístico a la norma reglamentaria. Como nota EZQUIAGA GANUZAS, a veces, «la anulación de esas palabras o frases amplía el contenido normativo de la disposición, sustituyendo el supuesto de hecho al que el [autor de la disposición] había otorgado una determinada consecuencia jurídica por otro más amplio»⁵.

2. CAUSAS DE LA INVALIDEZ PARCIAL DE UN REGLAMENTO

Algunos autores consideran que, para que un acto pueda ser parcialmente inválido, su contenido ha de ser divisible⁶. A nosotros nos parece que el contenido de todos los reglamentos siempre puede ser dividido en partes. Cuando menos, el ámbito temporal, personal o, incluso, territorial de validez de una norma reglamentaria siempre podrá ser menor que el querido por el autor de la misma.

La lógica y el sentido común nos dicen que lo único relevante a la hora de precisar si el contenido de un reglamento vale total o parcialmente es averiguar en qué medida sólo una parte del mismo reúne todos los requisitos fijados por el Derecho para ser considerada válida o inválida⁷. Ya vimos en su momento que deben darse dos condiciones para que una norma sea inválida: que incurra en una ilegalidad y que su invalidez venga exigida por el principio de legalidad con mayor fuerza que aquella con la que otros principios piden su validez⁸. En consecuencia, una disposición general es parcialmente inválida bien porque padece un defecto que sólo afecta a parte de su contenido, bien porque, a pesar de sufrir una ilegalidad que afecta a la totalidad del mismo, algún principio jurídico justifica su validez parcial.

⁵ EZQUIAGA GANUZAS, *La producción...*, cit., p. 279, que pone algún ejemplo extraído de la jurisprudencia del TC.

⁶ *Vid.*, entre otros, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 296 y 297; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 374; WILKE, «Teilnichtigkeit von Bebauungsplänen», *Planung und Plankontrolle. Festschrift für O. Schlichter*, 1995, p. 573.

⁷ Puede parecer una perogrullada, pero lo cierto es que para evitar la invalidez de la totalidad del contenido del acto se requiere la «validez de la parte no afectada por la invalidez» (BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 297), «que la parte que se declare no afectada por la invalidez reúna los requisitos necesarios para poder ser considerada válida» (GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 470).

⁸ *Vid. supra*, VI y VII.

A) Sólo una parte del contenido del reglamento se ve afectada por la ilegalidad

Para considerar inválida a una porción del reglamento es necesario, aunque no suficiente, que se vea afectada por alguna ilegalidad. Por ello, serán válidas aquellas partes del contenido de un reglamento que, además de ser ellas mismas legales, han sido establecidos por el sujeto competente mediante un acto de voluntad cuyos procedimientos de elaboración, forma, motivos y fin se ajustan a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

El artículo 64.2 LPC aclara en qué supuestos ha de considerarse que sólo una parte del contenido de un acto administrativo se ve afectada por una ilegalidad. Cuando dicho precepto exige la «independencia» de la parte «válida» [legal, diríamos nosotros] respecto de la «inválida» [ilegal], ha dejado sentado que aquélla ha de estar limpia de las ilegalidades que hacen inválido al resto del contenido del acto. La parte válida ha de ser «impermeable» a dichas ilegalidades. En segundo lugar, el legislador era consciente de que un determinado vicio podía afectar, en principio, a sólo a una parte del reglamento, pero la invalidez y eliminación de esa parte podía provocar la ilegalidad de la parte restante.

a) Vicios susceptibles de afectar a sólo una parte del contenido del reglamento

Ninguna duda cabe de que es perfectamente posible que únicamente algunos de los preceptos contenidos en una disposición administrativa contradigan normas de superior jerarquía. Obviamente, esta ilegalidad, en principio, afecta sólo a dichos preceptos. Aquí no se presentan demasiados problemas.

El vicio de incompetencia también puede afectar sólo parcialmente a un reglamento. Es posible que la Administración únicamente sea competente para crear algunos de los efectos jurídicos establecidos por una disposición general, por ejemplo, cuando solamente unos pocos de entre sus preceptos infringen la reserva de ley o invaden la esfera de competencias de otras Administraciones públicas. Los restantes preceptos no deben verse afectados, en principio, por esta ilegalidad⁹.

Podría pensarse que los vicios de procedimiento de una disposición reglamentaria determinan necesariamente la invalidez de la totalidad de su contenido¹⁰. Esta afirmación es correcta en la mayoría de las ocasiones, pero

⁹ Así lo afirma la STS de 16-10-1989 (Ar. 7370).

¹⁰ En este sentido, si bien respecto de cualquier norma jurídica y con otra terminología, EZQUIAGA GANUZAS, *La producción...*, cit., pp. 205 y 209; GUASTINI, *Distinguiendo...*, cit., pp. 337 y 338.

no siempre. Por regla general, el vicio de procedimiento de un reglamento produce su invalidez total¹¹. Pero ésta no es una regla universal¹². Puede suceder que una misma disposición contenga varias normas, y que la elaboración de alguna de ellas requiera ciertos trámites que no son preceptivos para emitir las restantes. Sirvan tres ejemplos:

La STS de 20 de febrero de 1998 (Ar. 1603), que enjuiciaba una disposición que fijaba las formas oficiales de varios topónimos relativos a las Islas Baleares, anuló ciertos preceptos referidos al Municipio de Manacor debido a que en el procedimiento de elaboración de los mismos no se había dado audiencia a dicha Entidad local. La ilegalidad sólo afectaba a los preceptos relativos a topónimos de lugares pertenecientes al término de Manacor, ya que para fijar los restantes topónimos no era obligado oír al citado Municipio.

La STS de 9 de febrero de 2000 (Ar. 323) anuló un solo precepto del Real Decreto Legislativo por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Este precepto contenía una norma procesal elaborada sin el informe del Consejo General del Poder Judicial, informe preceptivo cuando de normas procesales se trata (art. 108.1.e LOPJ). El resto del Texto Refundido no regulaba cuestiones procesales y, por ende, podía ser dictado sin observar dicho trámite.

La STS de 7 de febrero de 2000 (Ar. 2784) confirmó la anulación parcial de una ordenanza, que regulaba el estacionamiento limitado en determinadas vías públicas y establecía el correspondiente precio público, por haber sido elaborada sin una memoria económico-financiera. Sólo se anuló la parte de la ordenanza que establecía dicho precio, pues sólo esa parte requería la confección de la citada memoria.

También los vicios de forma pueden afectar solamente a determinadas partes del contenido de un reglamento. La falta de publicación de algunos de los preceptos de una disposición administrativa no perjudica, en principio, la legalidad de los que han sido publicados. Lo mismo cabe afirmar de la motivación de las disposiciones generales cuando ésta es preceptiva, como sucede con los planes urbanísticos¹³.

La parte del contenido de un reglamento que haya de considerarse inválida no ha de haber sido dictada por su autor con una finalidad distinta de la que le marcaba el ordenamiento jurídico. Cabe que algunas de las

¹¹ WILKE, «Teilnichtigkeit...», cit., p. 571; LEMMEL, *Berliner...*, cit., § 214, m. 3.

¹² El A del BVerwG de 18-7-1989 (BVerwGE 82, 225 y ss., aquí, p. 227) reconoce que puede haber excepciones a esta regla. RÖPER, «Nichtigkeit und Teilnichtigkeit kommunaler Beschlüsse und Normen», *NVwZ*, 1982, pp. 298-299, sostiene que, en algunos casos, la ordenanza en cuya elaboración ha participado una persona incurso en causa de abstención será inválida sólo en parte.

¹³ Vid. las SSTs de 4-4-1987 (Ar. 4184), 9-7-1991 (Ar. 5737), 13-2-1992 (Ar. 2828) y 5-6-1995 (Ar. 4941).

determinaciones de una disposición reglamentaria hayan sido establecidas con una intención torcida. En estos casos, la invalidez de las mismas no tiene por qué afectar, en principio, a las restantes.

Lo mismo puede decirse en relación con los vicios de los motivos. Existe la posibilidad de que algunas de las apreciaciones de la realidad que han llevado a la Administración a adoptar uno de los preceptos de un reglamento sean distintas e independientes de las que le han movido a dictar otro precepto contenido en el mismo texto reglamentario. Así, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1996 (Ar. 3986) anula la revisión de cierto plan urbanístico sólo en lo referente a un determinado enclave, pues la regulación jurídica de éste partía de un hecho «incierto y erróneo»: la existencia en dicho lugar de «un gran vacío urbano compuesto por solares y calles sin asfaltar»¹⁴.

En fin, cualquier tipo de vicio es susceptible en determinadas ocasiones de afectar a sólo una parte del contenido de un reglamento.

b) Vicios de una parte del contenido del reglamento provocados por la invalidez y eliminación de otras partes

La invalidez y eliminación de una parte del contenido de un reglamento puede ocasionar un vicio en la parte restante. Así ocurre cuando la disposición reglamentaria incurre en una *omisión* ilegal al eliminarse por inválidas algunas de las determinaciones que necesariamente debía contener¹⁵. A veces, el Derecho prohíbe que se dicten ciertos efectos jurídicos aisladamente¹⁶.

Cabe que el contenido de un reglamento, debido a la invalidez de una de sus partes, quede mutilado de tal forma que sea incapaz de servir al fin público que le marca el ordenamiento o no guarde la debida congruencia con ese fin. Dicho contenido, lo que resta del mismo, incurrirá en una ilegalidad¹⁷. Así, la STS de 16 de octubre de 1989 (Ar. 7370) dice que el vicio de incompetencia que supuestamente afectaba a algunos preceptos de ciertas Normas Subsidiarias de Planeamiento «no podría provocar la nulidad de pleno derecho de [éstas] en su totalidad *a no ser que sin [tales preceptos] las mismas resultasen incoherentes*, sino sólo la nulidad parcial de ellas, en su concreto particular».

¹⁴ Vid., también, las SSTs de 21-2-1984 (Ar. 2443) y 14-3-1984 (Ar. 1752).

¹⁵ Así, por ejemplo, los planes urbanísticos y los hidrológicos deben contener necesariamente determinadas regulaciones. Vid. el art. 17.1 de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, y el 42 de la Ley de Aguas (RDLeg 1/2001). Sobre el carácter normativo de estos últimos planes, vid. EMBID IRUJO, *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, 1991, pp. 219 y ss.

¹⁶ Dice SKOURIS, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, 1973, pp. 80 y ss., que el ordenamiento jurídico prescribe en estos casos la interdependencia entre partes de una norma.

¹⁷ Vid. el art. 53.2 LPC. Según MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 374, en este caso no se dan los requisitos de la invalidez parcial.

Recuérdese el caso resuelto por la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que obligaban a tributar conjunta y solidariamente a todos los miembros de la unidad familiar, lo que suponía una discriminación en relación con los restantes contribuyentes. Sin embargo, creemos que debería haberse anulado la totalidad de aquella Ley, pues, como el propio Tribunal reconocía, «los preceptos de la Ley..., declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas». La anulación de los preceptos que imponían la sujeción conjunta al impuesto y, por consiguiente, la «pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están,..., habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas» (FJ 11). Constituye una muestra de que, en verdad, era inválidos todos los preceptos de la Ley el hecho de que, como consecuencia de aquella Sentencia, la Administración ordenó la paralización de las liquidaciones en concepto del citado impuesto hasta la adopción de una nueva normativa ajustada a la Constitución, con independencia de que el contribuyente afectado se encontrase o no integrado en una unidad familiar¹⁸.

La eliminación de una parte del reglamento puede ocasionar que la otra padezca un vicio en los motivos. Por ejemplo, cuando la validez de alguna de las regulaciones contenidas en un reglamento se halla entre los presupuestos que han llevado a la Administración a dictar otras contenidas en el mismo. La Administración habría establecido aquí ciertos efectos jurídicos movida por una apreciación que no se corresponde con la realidad. Imaginemos que en una ordenanza se declara que cierto Municipio es de interés histórico-artístico y, por esta razón, se prohíbe la construcción de más de tres alturas en la totalidad del término municipal. Anulada la declaración de Municipio de interés histórico-artístico, aquella prohibición queda viciada.

c) El papel de la voluntad administrativa en la invalidez parcial de los reglamentos

A los vicios estudiados en el epígrafe anterior se refiere el artículo 64.2 LPC cuando exige, para considerar válida a una porción del contenido del acto

¹⁸ Vid. la Resolución de la Secretaría General de Hacienda de 28-2-1989 (BOE de 3-3-1989).

administrativo, que la parte nula o anulable del mismo no sea de tal importancia que sin ella el acto, o mejor dicho, aquella porción, no se hubiera dictado. La lógica indica que si esa porción restante tampoco vale es porque incurre en alguna ilegalidad. No tendría ningún sentido declarar inválida la parte del contenido de un acto administrativo —o de un reglamento— que carece de todo vicio y que reúne todos los requisitos para ser considerada válida.

a) La tesis subjetiva

Sin embargo, hay una corriente doctrinal que estima que una porción del contenido de un acto administrativo ha de ser declarada inválida, a pesar de ser perfectamente legal, cuando la Administración no la hubiese dictado aisladamente de haber conocido la invalidez de la otra parte. Esta tesis está influenciada por la doctrina civilista, pero no por cualquiera, sino por aquella decimonónica obsesionada por el respeto a la libertad de los contratantes. Lo decisivo para considerar parcial o totalmente nulo un negocio jurídico era la intención del autor o de los autores del mismo¹⁹.

Esta tesis subjetiva de la invalidez parcial ha experimentado importantes correcciones todavía dentro del campo jurídico-privado. De un lado, pronto se aprecia que atender exclusivamente a la intención de los contratantes conduce a resultados altamente insatisfactorios cuando empiezan a «generalizarse las leyes de especial significado social, dictadas para amparar a las personas socialmente más débiles»²⁰. Sería contrario a la finalidad perseguida por la ley que un contrato de trabajo sometido a una condición resolutoria ilícita fuese anulado totalmente. En cambio, la nulidad parcial de dicho contrato —la anulación de dicha cláusula ilegal— permite salvaguardar la finalidad legislativa de proteger al «más débil». El criterio tradicional de atender a la voluntad de los autores del negocio se exceptúa en estos casos²¹. De otro lado, no se intenta averiguar cuál fue efectivamente la intención real o psicológica de las personas que celebraron el negocio —difícilmente averiguable—, sino que se utilizan criterios objetivos para determinar dicha voluntad. Para precisar lo que «hubiesen querido las partes», se atiende a la

¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., p. 492.

²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., p. 494, que habla de la nulidad parcial para evitar el fraude de ley; SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., p. 19 y ss.

²¹ Vid. el art. 9.1 ET y PALOMEQUE LÓPEZ, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, 1975, pp. 170 y ss. Señala RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, p. 244, que para «impedir los abusos que los predispuestos pretenden imponer a los adherentes en la contratación de consumos o servicios generalizados», la ley es favorable a la nulidad parcial, pues la total resultaría «a todas luces contraproducente, dado que la amenaza del no consumo o uso aconsejará a la parte débil no formular ningún tipo de reclamación o queja».

naturaleza del negocio, a las exigencias de la buena fe, a los usos del tráfico, a lo que de modo razonable hubiesen acordado las partes²².

A pesar de todo, aquella concepción ha ejercido su influencia sobre el Derecho público. Un buen ejemplo lo constituye el parágrafo 44.4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana, que dispone que «cuando la nulidad afecta a sólo una parte del acto administrativo y ésta es tan importante que sin ella la autoridad no hubiera dictado el acto administrativo, éste es nulo en su totalidad»²³. Su parecido con el artículo 64.2 LPC es evidente. De hecho, es probable que nuestro legislador se haya fijado aquí en el modelo alemán²⁴.

Los autores que siguen esta concepción subjetiva ya han de hacer una primera corrección para intentar encajarla en el Derecho administrativo: la misma no es aplicable a los actos reglados, sino únicamente a los discrecionales²⁵. Sólo entonces la Administración goza de una cierta libertad de decisión similar a la autonomía de la voluntad de los particulares en el ámbito privado. Los partidarios de esta tesis aducen entonces el principio de división de poderes. Lo mismo que a los Tribunales no les está permitido imponer a los particulares un contrato que éstos no han querido celebrar, tampoco pueden invadir el margen de discrecionalidad que la ley otorga a la Administración para imponerle la autoría de un acto mutilado que ésta no hubiese dictado²⁶.

A pesar de esta corrección, esta postura doctrinal tropieza con serias dificultades. Acabamos de ver que ni siquiera en el Derecho privado es posible sostener una concepción puramente subjetiva de la invalidez parcial. Pero es que, además, no «hay paralelo posible entre los negocios jurídicos [privados], como expresión de una efectiva autonomía, y los actos discrecionales, simple manifestación de una potestad construida y atribuida como tal por la ley»²⁷.

²² Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., pp. 493 y 494; SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., pp. 21 y ss.

²³ El § 59.3 VwVfG, que regula la nulidad parcial de los convenios jurídico-públicos, reproduce el § 139 BGB, referido a la nulidad parcial de los negocios jurídicos privados.

²⁴ LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 517. Seguramente, el legislador español conocía los trabajos de LINDE PANIAGUA, «La Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana», *RAP*, 83, 1977, p. 518, y NIETO GARCÍA, «Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal Alemana», en *RAP*, 47, 1965, p. 502, que traducen la palabra *wesentlich* (esencial) utilizada en los §§ 44.4 y 34.1 de los respectivos textos por «importante». El art. 50 LPA decía que «la invalidez parcial del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella».

²⁵ SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., p. 85.

²⁶ Vid. SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., pp. 87 y ss., y FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, cit., p. 250, que aplica este criterio a los reglamentos (p. 138).

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 538, que rehúsan aplicar la categoría del negocio jurídico a los actos administrativos. En sentido

En efecto, la discrecionalidad se le otorga a la Administración no para cualquier cosa, sino para que satisfaga de un modo óptimo ciertos intereses públicos que le marca el ordenamiento jurídico. Además, su actuación discrecional esta acotada por los límites de la razón y de la prohibición de la arbitrariedad. No puede considerarse, ni mucho menos, que la Administración es dueña de la validez de sus actos. Dicha validez depende de otras circunstancias²⁸. A ello se añade lo difícil que es en la práctica averiguar cuál hubiese sido la voluntad de la Administración si ésta hubiese sabido que una porción del contenido del acto que emitió era ilegal²⁹.

Debido a las insuficiencias de la tesis puramente subjetiva, hay autores que, sin apearse del todo de la misma, intentan corregirla con criterios objetivos. Sigue esta postura gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas, con dificultades para deshacerse definitivamente de la tesis subjetiva debido al tenor literal del parágrafo 44.4 antes citado. Diversos autores resaltan el carácter objetivo que en dicho precepto legal tiene la mención a la «importancia» de la parte ilegal del acto y, además, estiman que la voluntad administrativa a la que hace referencia dicho precepto no es la voluntad de la persona o personas físicas titulares del órgano que dictó el acto, sino la voluntad de una Administración «racional», que obra «legal» y «oportunamente»³⁰. Esta tesis «eclectica» no tiene en cuenta que los Tribunales deben limitarse a enjuiciar la legalidad de la actividad administrativa y no su oportunidad.

b) La tesis objetiva

De acuerdo con esta tesis, la validez parcial del contenido de un acto administrativo hay que enjuiciarla únicamente con criterios objetivos³¹. Su validez viene determinada por su relación con el ordenamiento jurídico y no por la voluntad del autor del acto. Si de acuerdo con las normas que componen

parecido, y ya con referencia al problema de la invalidez parcial, MARTENS, «Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß», *DVBZ*, 1965, p. 430; GERN, «Teilnichtigkeit...», cit., pp. 852 y 853, estima que los poderes públicos se encuentran en una posición distinta de los particulares y que ello no permite aplicar analógicamente a leyes y reglamentos la concepción civilista subjetiva de la nulidad parcial.

²⁸ Vid. estos argumentos en ERICHSEN, «Die selbständige Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen», *VerwArch*, 1975, pp. 307 y ss.; MARTENS, «Fehlerhafte...», cit., pp. 430 y 431.

²⁹ Así lo señala, entre otros, LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 517.

³⁰ Vid. SACHS, «§ 44», en ob. cit., p. 1262.

³¹ LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 517; VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, 1996, p. 299; ERICHSEN, «Die selbständige...», cit., pp. 307 y ss.; MARTENS, «Fehlerhafte...», cit., p. 431; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 49, m. 69.

el ordenamiento jurídico dicha parte padece algún vicio que produce su invalidez, será inválida; en caso contrario, será válida. Y ello con independencia de lo que hipotéticamente hubiese deseado la persona que emanó el acto o cualquier otra. Que la validez del contenido de los actos jurídicos depende exclusivamente de criterios objetivos —de la relación de dicho acto con el ordenamiento jurídico— y no de la pura voluntad subjetiva de su autor ya fue demostrado cabalmente por Kelsen³². Esto no quita que el Derecho considere inválidos los efectos jurídicos producidos a través de una declaración de voluntad preparada o formada ilegalmente. Pero aquí dicha invalidez se sigue determinando a través de criterios objetivos. Es evidente que la parte que haya que considerar válida ha de haber sido establecida por una declaración de voluntad correctamente formada, sin vicios en los motivos, cuyo autor perseguía el fin que le marcaba el Derecho, etc.

Esta tesis viene avalada además por el tenor literal del artículo 64.2 LPC, que, al contrario que el parágrafo 44.4 arriba citado, no se refiere a lo que hubiese hecho o dejado de hacer la autoridad administrativa, sino que utiliza una construcción gramatical impersonal, objetiva, desligada de cualquier alusión a sujeto alguno —«el acto administrativo no hubiera sido dictado»—.

La tesis objetiva encaja con el papel que a los órganos jurisdiccionales les corresponde a la hora de controlar la actividad administrativa. Éstos no pueden enjuiciar la oportunidad de los actos administrativos sino únicamente su legalidad. Pues bien, el único caso en el que los Tribunales, sin necesidad de utilizar criterios de oportunidad, pueden llegar a la conclusión de que cierta parte de un acto no hubiera sido dictada sin ir acompañada de otra inválida, es cuando aquella primera parte también padece alguna ilegalidad. Sólo entonces puede decirse que, de acuerdo con criterios de legalidad, la porción del acto administrativo cuya validez se discute no hubiera sido dictada.

B) Existencia de principios jurídicos que justifican la validez de una parte del contenido del reglamento afectada por una ilegalidad

La ilegalidad de un reglamento es condición necesaria, si bien no suficiente, de su invalidez. Lo mismo cabe decir de cada una de las porciones de su contenido. Puede que un principio jurídico que en el caso concreto tenga un mayor peso que el de legalidad justifique la validez parcial de un reglamento afectado en su totalidad por un defecto.

³² Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 18 y ss. y 201 y ss. Así, «el individuo que con un acto suyo intencionalmente dirigido al comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que continuar queriendo ese comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto» (p. 24).

Esto acontece, por ejemplo, siempre que la invalidez del reglamento tiene carácter *ex nunc*. En atención a los efectos reales producidos por éste y a la confianza depositada en su validez, la seguridad justifica la conservación de algunos de sus efectos jurídicos; el reglamento es válido en parte del ámbito temporal sobre el que pretendía tener validez. En el capítulo que sigue podrá apreciarse esto con mayor claridad.

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Para analizar y precisar con detalle en qué consiste dicha invalidez y que consecuencias jurídicas se anudan a la misma, resulta de gran utilidad determinar cuál es el contenido de la validez de un reglamento, puesto que aquella es la negación de ésta.

Pues bien, en primer lugar, tenemos que una norma jurídica válida modifica o innova el ordenamiento jurídico¹. En segundo lugar, hay que notar que la contravención de una norma válida «lleva como consecuencia la ilegalidad de la norma o acto contradictorios con sus contenidos, siempre que una y otro carezcan, claro está, de fuerza jurídica para llevar a cabo tal» contravención². Por último, la validez de una norma jurídica supone también la existencia de un «deber de todas las personas,..., de observar el mandato que la norma contiene» y «el deber de las autoridades públicas,..., de realizar las actividades necesarias para asegurar el cumplimiento de la norma, poniendo en marcha los mecanismos de sanción que en cada caso establece el sistema normativo frente a las conductas que infrinjan aquella»³.

Si la invalidez es el negativo de la validez⁴, la norma inválida no formará parte del ordenamiento jurídico, ni constituirá una regla de acuerdo con la cual juzgar la legalidad de actos y situaciones jurídicas. Y nadie estará obligado a observar los mandatos que la norma inválida contiene. Y las autoridades públicas deberán realizar las actividades necesarias para asegurar que esa norma deviene en el terreno de los hechos ineficaz.

1. LA INCIDENCIA DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO EN LA COMPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Así como las normas válidas innovan el ordenamiento jurídico, las inválidas no. A un ordenamiento jurídico pertenecen únicamente las normas que son válidas de acuerdo con el mismo⁵. Aquí se plantean dos problemas:

¹ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 381.

² *Ibidem*, p. 381.

³ *Ibidem*, p. 380.

⁴ En contra, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 381.

⁵ *Vid.* KELSEN, *Teoría...*, cit., pp. 201 y ss.

A) La «reviviscencia» de las normas derogadas por el reglamento inválido

a) Noción

La llamada «reviviscencia» de una norma jurídica derogada consiste en la recuperación de vigencia de esta norma⁶, y puede haber sido causada, al menos en hipótesis, por diversas circunstancias:

Así, VILLAR PALASÍ habla de la reviviscencia de una ley como consecuencia de un cambio de criterio de interpretación jurisprudencial respecto de su derogación o vigencia y del supuesto de la ley revivida por invocación expresa de una ley posterior⁷.

Surge la cuestión de si la derogación de una norma hace «revivir» a las que ésta hubiese derogado. El artículo 2.2 CC dice que «por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado». La mejor doctrina estima que este artículo no prohíbe de manera absoluta que la derogación de una norma haga recuperar su vigor a las que ésta derogó, sino que únicamente contiene una «presunción *iuris tantum* de irreversibilidad del efecto derogatorio»⁸; establece, «como regla general, el principio de la no reviviscencia; el mero hecho de la derogación,..., no resucita las normas derogadas»⁹.

El problema que a nosotros nos interesa es el de la reviviscencia de las normas derogadas por un reglamento inválido. Esta cuestión suele plantearse en relación con reglamentos ya anulados, pero conviene tratar el tema con mayor amplitud, en relación con cualquier reglamento inválido, haya sido anulado o no.

b) La «reviviscencia» de las normas derogadas por un reglamento inválido en el Derecho español

a') Tesis doctrinales

La mayoría de los autores españoles consideran que la anulación de un reglamento inválido hace recuperar su vigor a las normas derogadas por el mismo¹⁰, aunque también hay quien defiende la postura contraria¹¹. Entre los

⁶ Vid. DIEZ-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 235.

⁷ VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., pp. 354 y 355.

⁸ DIEZ-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 241.

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 419.

¹⁰ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 328, n. 20; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La interdicción...», cit., p. 150, aunque en *La constitución...*, cit., p. 96, dice que la anulación de una ley «no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la ley anterior a que sustituyó la anulada (cfr. art. 2.2 CC)»; TORNOS MAS, «De nuevo sobre el control

primeros cabe mencionar a TORNOS MAS, cuyas tesis y razonamientos acerca de la vigencia de las normas derogadas por cierto Reglamento sobre Disciplina de Mercado de 1974 fueron recogidas luego por la jurisprudencia¹². Dos eran los argumentos esgrimidos por este autor para defender su tesis. El primero es que «mientras la derogación supone declarar la pérdida de vigencia e inaplicación para el futuro, la nulidad supone un juicio de validez que afecta *ex tunc* a la norma. Luego, si se hubiera derogado el [Reglamento de 1974], no se hubiera negado validez a su disposición derogatoria, ésta habría cumplido su efecto». Sólo a este supuesto se refiere el artículo 2.2 CC¹³. Por el contrario, la anulación del Reglamento de 1974 «afecta también a la derogación contenida en esta norma y, en consecuencia, renace el texto derogado, ya que en verdad no fue derogado, no perdió nunca su vigencia»¹⁴. En segundo lugar, «el interés público de contar con una norma que habilite a la Administración para actuar en este sector concreto parece justificar el renacer de un texto derogado en su día, cuando la norma que lo derogó ha sido anulada por el Juez, produciéndose un vacío normativo y la pérdida de legitimación de la actuación de la Administración en el sector»¹⁵. Luego, este autor precisa: «El texto que así resurge del ordenamiento puede no ser aplicable al incurrir en contradicción con otras normas que comporten su validez»¹⁶. Otros autores sostienen posturas más matizadas.

CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, que plantean el problema en relación con una disposición de carácter sancionador de 1970 derogada por cierto Reglamento para la venta y suministro de carburantes y combustibles líquidos objeto del Monopolio de Petróleos de 1980, esgrimen argumentos ya

de los decretos legislativos: la declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental del Decreto de 20-12-1974, en materia de disciplina de mercado», *REDA*, 32, 1982, pp. 890 y ss.; con algún matiz, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 423. Con relación a planes urbanísticos, DE ASÍS ROIG, «Anulación de planes: efectos ordenatorios y aplicativos», *RDU*, 113, 1989, pp. 476 y ss. Con relación a las leyes, CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 268; DIEZ-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., pp. 250 y ss.

¹¹ En relación con los planes urbanísticos, TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 397, porque así se evita «ir en busca de la norma perdida».

¹² Obsérvese la similitud de los argumentos y la terminología empleados por la STS de 17-7-1991 (Ar. 6682) con los de este autor.

¹³ TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 893. Este argumento había sido esgrimido anteriormente, si bien en relación con las leyes, por CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 268.

¹⁴ TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 894.

¹⁵ *Ibidem*, p. 893.

¹⁶ *Ibidem*, p. 894. En sentido similar, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 328, n. 20; DE ASÍS ROIG, «Anulación de planes...», cit., pp. 477 y ss.; DIEZ-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 253.

apuntados por otros autores para defender la reviviscencia de aquella disposición.

La invalidez del Reglamento de 1980 «lo es de la totalidad de la norma», que «por tanto carece de virtualidad alguna», al contrario que si hubiese sido meramente derogada. La invalidez afecta también a las previsiones derogatorias del Reglamento de 1980. Como éste no produjo efecto derogatorio alguno, «el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos ha debido sujetarse incesantemente al régimen previsto en el Reglamento de 1970»¹⁷.

En segundo lugar, consideran estos autores que la falta de vigencia del Reglamento de 1970 produciría «dos vacíos normativos peligrosos». El vacío que tiene lugar durante el periodo de tiempo que va desde la emisión del reglamento inválido hasta su anulación resulta «peligroso», ya que determina la impunidad de conductas merecedoras de ser sancionadas. Pero la ausencia de norma sancionadora durante el lapso de tiempo posterior la anulación del reglamento inválido es «infinitamente más peligrosa e intolerable que la producida» en el caso anterior, por cuanto los ciudadanos podrán actuar a sabiendas del vacío normativo y de la impunidad en que van a quedar sus conductas reprochables¹⁸.

CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA advierten, no obstante, la declaración del Tribunal Supremo según la cual la «reviviscencia» de un reglamento de carácter sancionador podría originar «indefensión»¹⁹. Estos autores consideran que dicha «indefensión» no se produciría «si el Tribunal declara expresamente su vigencia [la del reglamento que revive] y consecuente aplicación a partir de ese momento, con dos mecanismos de seguridad añadidos:..., la publicación de la sentencia en los boletines oficiales y la identidad sustancial de las infracciones recogidas en ambos reglamentos»²⁰.

CLIMENT BARBERÁ también señala que la recuperación del vigor de las normas jurídicas derogadas por otra inválida encuentra algunos límites. Este autor sostiene que hay «que entender como no derogadas y por tanto vigentes las leyes cuya derogación fijó la ley ineficaz»; sin que quepa aquí aplicar el artículo 2 CC, «ya que se trata de una ineficacia que dimana de la declaración de nulidad,..., de una ley que obviamente alcanza incluso a los preceptos derogativos»²¹. No obstante, estima que hay que hacer una excepción cuando

¹⁷ CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Tribunal Supremo», *REDA*, 73, 1972, p. 94.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 98 y 99, en relación con la doctrina sentada por las SSTs de 7-12-1989 (Ar. 9152) y 25-1-1990 (Ar. 410), a las que luego se hará referencia.

²⁰ CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad...», cit., p. 98.

²¹ CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 268. En sentido similar, JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios...*, cit., p. 143, que defiende en estos casos la «ultractividad de la regla inconstitucional».

la aplicación de la normativa «revivida» suponga sancionar conductas no constitutivas de infracción según la ley inválida o agravar las sanciones que ésta fijaba. En estos casos, «la ley ineficaz declarada nula por su inconstitucionalidad se considera vigente y de plena aplicación hasta que se pronuncie y publique la sentencia»²². El autor considera que el artículo 25.1 CE, junto con los principios de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos y de seguridad jurídica, imponen esta conclusión, puesto que, aunque no son equiparables los supuestos de «reviviscencia» y de retroactividad de una ley, «las consecuencias que se producirían, de no excluirse estos casos de actos y conductas que impliquen sanciones, serían las mismas que se pretenden evitar cuando la Constitución establece los anteriores principios»²³.

b) Jurisprudencia

La jurisprudencia no siempre se ha pronunciado en el mismo sentido. El Tribunal Supremo ha negado en varias ocasiones que la anulación de una disposición general haga recobrar su vigor a las derogadas por ésta. Esta línea jurisprudencial se inaugura, salvo error nuestro, con la STS de 21 de octubre de 1986 (Ar. 5771), que enjuiciaba la validez de una sanción dictada al amparo de un reglamento sobre Disciplina de Mercado de 20 de diciembre de 1974, anulado por haberse omitido ilegalmente en su elaboración el dictamen del Consejo de Estado²⁴. La motivación de esta STS se basa en una discutible premisa: «La anulación judicial de una norma en su totalidad equivale al acto de derogación y, en consecuencia, tiene idéntico alcance general». La verdad es que el propio legislador daba pie a la equiparación entre ambas al disponer que «la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición»²⁵. Pues bien, como «la derogación de una norma por sí misma no hace recuperar

²² CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 275.

²³ *Ibidem*, p. 274 y 275.

²⁴ Este reglamento fue anulado por la STS de 18-3-1981 (Ar. 958).

²⁵ *Vid.* el derogado artículo 120.1 LPA, del que se dijo que empleaba el «término derogación desafortunadamente» (BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., p. 164), que su expresión literal no era muy coherente (ESPEJO MEANA, M.⁸ R., «Nulidad...», p. 132), que incurría «en el error elemental de confundir o equiparar conceptos tan acuñados e inequívocos como anulación y derogación» (GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial», *RAP*, 144, 1997, p. 262), que su redacción «no era muy feliz» (GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., p. 394) y que incurría en «una evidente imprecisión técnica» (SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 421).

²⁶ La STS de 20-3-1987 (Ar. 1976), resuelve en sentido similar un supuesto en el que se discutía la aplicación de las mismas normas.

la vigencia a las derogadas por ella», y tampoco «cabe dotar de eficacia retroactiva a las disposiciones [sancionadoras] dictadas para sustituir a las anuladas judicialmente», el Tribunal Supremo concluye que «la anulación judicial del [reglamento citado] produjo un vacío temporal que conlleva la impunidad de las conductas tipificadas durante ese paréntesis». Estos razonamientos llevaron a este órgano jurisdiccional a anular la sanciones dictadas en aplicación del reglamento inválido, al no quedar amparadas por las normas sancionadoras derogadas por el mismo²⁶.

Esta solución y los argumentos empleados para intentar justificarla fueron recogidos por Sentencias posteriores²⁷ en las que se enjuiciaba la validez de actos administrativos sancionadores dictados en aplicación de cierto Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos objeto del Monopolio de Petróleos, anulado por haberse elaborado con omisión del dictamen del Consejo de Estado²⁸. En alguna de estas Sentencias se añade otro argumento: el carácter sancionador de las normas reglamentarias en cuestión hace que «la alteración unilateral del presupuesto normativo, permita un margen de indefensión proscrito a nivel constitucional y de legalidad ordinaria»²⁹. Sobre la base de estos argumentos, se anularon las sanciones recurridas dictadas en aplicación del reglamento inválido.

El Tribunal Supremo ha mantenido esta doctrina en otras decisiones aunque, en nuestra opinión, ello era innecesario para resolver los casos que se planteaban³⁰.

Sin embargo, la postura favorable a la «reviviscencia» de las normas derogadas por reglamentos inválidos ha acabado por imponerse, incluso en el supuesto de los mencionados reglamentos sancionadores de Disciplina de Mercado y de suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos objeto del Monopolio de Petróleos.

Encontramos una muestra de esta línea jurisprudencial en la STS 6 de julio de 1959 (Ar. 3326), que anula una disposición que rectificaba otra anterior sobre clasificación de plantillas y partidos veterinarios y declara que

²⁷ Vid. las SSTs de 21-12-1987 (Ar. 9138), 28-12-1987 (Ar. 9152), 5-2-1988 (Ar. 659), 13-2-1988 (Ar. 885), 29-2-1988 (Ar. 1043), 22-9-1988 (Ar. 7299), 6-10-1988 (Ar. 7608), 1-6-1989 (Ar. 4301), 22-6-1989 (Ar. 7547), 26-6-1989 (Ar. 5509), 21-10-1989 (Ar. 8388), 28-10-1989 (Ar. 9707), 31-10-1989 (Ar. 8396), 3-11-1989 (Ar. 8509), 4-11-1989 (Ar. 8510), 23-11-1989 (Ar. 7975), 7-12-1989 (Ar. 9152), 25-1-1990 (Ar. 410), 5-4-1990 (Ar. 2738) y 26-4-1990 (Ar. 2888).

²⁸ Vid. la STS de 3-3-1986 (Ar. 1051).

²⁹ Vid. las SSTs de 7-12-1989 (Ar. 9152) y 25-1-1990 (Ar. 410).

³⁰ En el supuesto contemplado por la STS de 31-10-1990 (Ar. 9117), los actos impugnados dictados al amparo del reglamento anulado eran firmes. En los casos resueltos por las SSTs de 14-11-1989 (Ar. 8502) y 27-6-1991 (Ar. 731/1992), los actos impugnados encontraban la cobertura de un RD Ley, que había asumido como propio el contenido de un reglamento anulado.

esta última queda «subsistente y en pleno vigor». Por su parte, la STS de 10 de abril de 1967 (Ar. 1680) aplicó una norma derogada por un reglamento inválido que, sin embargo, no había sido anulado. El Tribunal Supremo anuló una sanción impuesta sobre la base de una valoración de la «mercancía contrabandeada» realizada de acuerdo con una Orden Ministerial no publicada y declaró que, para realizar la valoración procedía «aplicar el sistema,..., anteriormente establecido».

Pero el Tribunal Supremo no había expresado todavía las razones por las que seguía esta solución. Comienza a hacerlo en una numerosa serie de Sentencias que declaran que la anulación judicial del arriba citado Reglamento sobre Disciplina de Mercado de 1974 implica el mantenimiento de la vigencia del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, que había sido derogado por aquél³¹. La serie se inicia con la STS de 29 de abril de 1983 (Ar. 6043), que argumenta que el Reglamento de 1974 fue anulado «en su integridad y, por consiguiente, [dicha anulación] también alcanza a su anexo, en el que se encuentran enumeradas las disposiciones derogadas». El Reglamento anulado no había producido ninguno de sus efectos jurídicos, tampoco el derogatorio, por lo que el Decreto 3052/1966 nunca había perdido su vigencia.

La STS de 1 de junio de 1983 (Ar. 3472) añade nuevos argumentos. Esta Sentencia entendió que la anulación de cierta disposición general, que elevaba el tipo de recargo complementario que debían satisfacer a la Seguridad Social ciertas empresas, determinaba la «restitución de la vigencia» de la disposición anterior, que fijaba un tipo más bajo, de modo que la Administración sólo estaba obligada a devolver las cantidades ingresadas en cuanto excedieran de la cantidad que resultará de aplicar este último tipo y no la totalidad de las cantidades ingresadas, como pedía el recurrente. El Tribunal argumentaba que en este caso no era de aplicación «el artículo 2.2 del Código Civil, dado que una cosa es la derogación de una norma que ha derogado otras anteriores y cosa bien distinta es la nulidad absoluta de dicha norma, que supone el considerarla como si nunca se hubiese dictado, teniéndola por inexistente en todos sus efectos y entre ellos el derogatorio o modificativo del régimen legal anterior, el cual vuelve así a recobrar su vigor como exigencia ineludible de la propia naturaleza de la nulidad de pleno derecho e incluso de justicia material».

Debe resaltarse el cambio de criterio jurisprudencial que tiene lugar en relación con las sanciones dictadas en aplicación del arriba citado Reglamento para la venta y suministros de ciertos carburantes y combustibles líqui-

³¹ Vid., entre otras, las SSTs de 29-4-1983 (Ar. 6043), 21-9-1983 (Ar. 4617), 8-5-1986 (Ar. 2355), 17-10-1986 (Ar. 6049), dictada en recurso de apelación extraordinario en interés de ley, 16-12-1986 (Ar. 1140/1987), 30-3-1987 (Ar. 4162), 13-7-1987 (Ar. 6884), 20-10-1987 (Ar. 8672), 29-10-1987 (Ar. 7438), dictada en un recurso extraordinario de revisión, 3-10-1988 (Ar. 7419), 11-3-1989 (Ar. 1971) y 15-3-1991 (Ar. 2238).

dos³². El cambio se produce con la STS de 17 de julio de 1991 (Ar. 6682), que ofrece dos argumentos para justificarlo. De un lado, abunda en razonamientos ya conocidos —distinción entre derogación y anulación; la anulación afecta también a las cláusulas derogatorias del reglamento inválido—. De otro lado, aduce «razones de interés general, y en evitación de que se produzcan vacíos normativos en materias tan importantes como puede ser la referente a infracciones y sanciones en materia de venta de carburantes»; «razones que aconsejan mantener una reglamentación, en aras de los fines públicos de interés general, que no permiten dejar vacía de reglamentación una parcela tan importante como es la examinada». La consecuencia de este giro jurisprudencial es que se admite la validez de las sanciones impugnadas dictadas al amparo del reglamento anulado, por gozar de la cobertura que les proporcionaba el reglamento «revivido».

Esta jurisprudencia será reiterada posteriormente para resolver otros casos. Así, el Tribunal Supremo ha declarado que «en aquellos supuestos,..., en los que se produce la anulación de un Plan, recobra su vigencia la normativa urbanística que le precedió y a la que sustituyó el Plan anulado»³³. Ha estimado, así mismo, que debía serle concedida a un ciudadano una autorización para la explotación de ciertas máquinas recreativas de acuerdo con un Reglamento derogado por otro que había sido anulado jurisdiccionalmente³⁴, que la invalidez de una disposición de 1980 que clasificaba las calles de un Municipio a efectos del impuesto de radicación determinaba que hubieran de practicarse las liquidaciones con arreglo a la clasificación realizada por la precedente disposición de 1977³⁵ y que la Administración podía «basar la auditoría impugnada en una norma ya derogada por otra que, a su vez, [había] sido declarada nula»³⁶.

c) Posición que se adopta

El sentido común nos dice que la norma que ha sido «derogada» por un reglamento inválido tiene todavía validez si satisface todas las condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para poder ser considerada válida.

La norma de cuya reviviscencia se trata debe ajustarse al ordenamiento jurídico. Dicha norma no revivirá, pues, en la medida en que contradice otra norma válida que de acuerdo con los principios que estructuran el ordenamiento —jerarquía, competencia, posterioridad temporal³⁷— prevalece sobre

la misma³⁸. Interesa notar que dicha norma deberá ser conforme también con la seguridad jurídica, consagrada en el artículo 9.3 CE. Y es que la reviviscencia de la norma derogada por un reglamento inválido puede en determinadas circunstancias ser contraria a este principio.

A la hora de abordar este problema, debe tenerse muy presente que la seguridad jurídica puede justificar la validez de un reglamento aparentemente válido durante al menos una parte del periodo de tiempo en el cual el mismo pretendía tener validez. Pongamos que los ciudadanos han confiado en la validez de una disposición reglamentaria que quería derogar otra anterior, y que han ajustado sus conductas a la normativa que resultaba de esa derogación. La invalidez de esta disposición derogatoria o, visto desde otra perspectiva, la reviviscencia de una norma que los ciudadanos creían derogada, perjudica su confianza, el saber a qué atenerse, la seguridad jurídica. Dicho con las palabras ya citadas del Tribunal Supremo, «la alteración unilateral del presupuesto normativo [produce] un margen de indefensión proscrito a nivel constitucional y de legalidad ordinaria»³⁹.

La cuestión estriba en determinar en qué medida hay que considerar parcialmente válida la derogación operada por un reglamento inválido. Desde otro punto de vista, hay que precisar en qué medida la reviviscencia de la norma derogada por dicho reglamento lesiona la seguridad jurídica.

Para que se produzca dicha lesión, para que se vea defraudada la confianza de los ciudadanos en la validez del reglamento derogatorio, es necesario que éste goce de una cierta apariencia de validez. Falta una apariencia de validez suficiente para generar esta confianza legítima cuando el reglamento adolece de vicios extraordinariamente groseros y evidentes. Así, un reglamento no publicado carece de apariencia de validez, por lo que las normas que éste hubiese «derogado» deben ser consideradas válidas y «reviven»⁴⁰. Así, hay que negar toda apariencia de validez a la disposición reglamentaria que «deroga» expresamente una legal o constitucional, por lo que estas normas legales o constitucionales siempre «revivirán».

A partir del momento en el que el reglamento ilegal pierde su apariencia de validez, la eventual confianza de los ciudadanos en que éste es válido dejará lógicamente de merecer protección jurídica. La mera inaplicación de un reglamento no destruye por sí sola esta apariencia, puesto que dicha inaplicación tiene únicamente efectos *inter partes*⁴¹ y no necesita, en princi-

³² Vid. las STS de 17-7-1991 (Ar. 6682), 18-2-1992 (Ar. 2293) y 17-2-1993 (Ar. 683).

³³ STS de 27-2-1991 (Ar. 1396). En sentido semejante, *vid.* la STS de 27-4-1988 (Ar. 3235).

³⁴ Vid. la STS de 30-5-1991 (Ar. 5104).

³⁵ Vid. la STS de 19-5-1992 (Ar. 4155).

³⁶ Vid. las SSTs de 9-5-1995 (Ar. 4059) y 25-1-1999 (Ar. 345).

³⁷ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 313 y ss.

³⁸ En sentido similar se pronuncian, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 328, n. 20; Díez-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., p. 253; TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 894.

³⁹ SSTs de 7-12-1989 (Ar. 9152) y 25-1-1990 (Ar. 410).

⁴⁰ Vid. la citada STS de 10-4-1967 (Ar. 1680).

⁴¹ Vid. *infra*, IX.3.A).

pio, ser publicada en diario oficial alguno⁴². Por el contrario, la anulación jurisdiccional de un reglamento borra dicha apariencia, pues la sentencia anulatoria tiene efectos generales y debe ser publicada en el mismo lugar que en su día lo fue el reglamento que se anula⁴³. En consecuencia, la norma «derogada» por un reglamento anulado jurisdiccionalmente debe ser considerada válida, al menos durante el periodo de tiempo que comienza con el día en que se publica la correspondiente sentencia anulatoria, momento desde el cual ésta produce efectos jurídicos *erga omnes* (art. 72.2 LJ). Así, por ejemplo, si la norma que recupera la vigencia tiene carácter sancionador, debería aplicarse por lo menos a las conductas posteriores a la mencionada publicación.

Vimos que CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA afirmaban que la «indefensión» a los ciudadanos que pueda producir la reviviscencia de una norma se evita «si el Tribunal declara expresamente su vigencia [la de la norma «revivida»] y consecuente aplicación a partir de ese momento»⁴⁴. Esta declaración expresa tal vez resulte aconsejable, pero no la creemos imprescindible para que se produzca la reviviscencia. La sola anulación del reglamento que «derogó» una norma y la publicación de la sentencia anulatoria deben bastar para que, a partir de entonces, esa norma recupere su vigencia. Cuando se publica dicha sentencia, los ciudadanos ya pueden saber que el reglamento anulado no debe producir ninguno de sus efectos jurídicos, ni siquiera el derogatorio. Exigir como condición *sine quae non* de la validez de una norma jurídica establecida por la Administración —o por el legislador— que un Tribunal afirme positivamente dicha validez es insostenible. Esto es tanto como decir que antes del pronunciamiento jurisdiccional la norma es inválida y después, válida. Ello supondría que los Tribunales tendrían en sus manos la potestad de hacer normas válidas a partir de otras que eran inválidas; serían titulares activos de la potestad reglamentaria o legislativa. Además, el proceso de elaboración de la reciente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa avala la tesis que aquí se defiende. El artículo 72.2 del Anteproyecto de dicha Ley de 16 de enero de 1995 decía que «por la simple anulación de una disposición reglamentaria no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado, salvo que el Tribunal determine otra cosa en la sentencia o en su ejecución». Este precepto, que parecía exigir como condición *sine quae non* de la «reviviscencia» de las normas derogadas por un reglamento anulado el pronunciamiento expreso de un órgano jurisdiccional afirmando

⁴² Así se deduce, *a sensu contrario*, de los arts. 72, 107 y 126.2 LJ.

⁴³ Vid. los arts. 72.2 y 107.2 LJ y la STS de 18-10-1997 (Ar. 8105), que anula un RD y ordena su propia publicación en la sección correspondiente del BOE destinada a publicar las disposiciones administrativas de carácter general.

⁴⁴ CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad...», cit., p. 98.

positivamente dicha reviviscencia, desaparece en los posteriores Anteproyecto y Proyectos de dicha Ley⁴⁵ y, lo que de verdad importa, en el texto definitivo de la misma⁴⁶.

También hay que distinguir según si la norma de cuya reviviscencia se trata es más o menos desfavorable para los ciudadanos que aquella a la que éstos estarían sujetos de haberse producido la derogación querida por el reglamento inválido. Conviene dejar claro que lo decisivo es la relación existente entre estas dos normas, y no el carácter —favorable o desfavorable— de cada una de ellas consideradas aisladamente.

Si la norma «revivida» es más favorable para los ciudadanos que el reglamento inválido, la reviviscencia no lesiona la seguridad jurídica, puesto que no resulta digno de protección el interés de una persona en ser tratada peor de lo que la misma había calculado⁴⁷. Hay que hacer hincapié en lo ya dicho. Lo decisivo no es que la norma «revivida» tenga en sí misma carácter favorable o desfavorable para los ciudadanos, sino que les sea más o menos favorable que el reglamento inválido. En este sentido, resulta ejemplar la STS arriba citada 1 de junio de 1983 (Ar. 3472), que entendió que la anulación de cierta disposición general que elevaba el tipo de recargo complementario que debían satisfacer a la Seguridad Social ciertas empresas determinaba la «restitución de la vigencia» de una disposición anterior, que fijaba un tipo más bajo. En este caso, ambas disposiciones tenían, consideradas aisladamente, un carácter desfavorable para las correspondientes empresas, pero la disposición «revivida» era más favorable —o, si se quiere, menos desfavorable— que la posterior inválida.

Cuando la norma cuya reviviscencia se discute es menos favorable para los ciudadanos que la norma que les sería aplicable de haberse producido la «derogación» querida por el reglamento inválido, la situación es diferente. Siempre que este último reglamento tuviese cierta apariencia de validez, la «reviviscencia» de aquella norma más desfavorable para los ciudadanos que la posterior lesionaría la confianza legítima de éstos, que se verían perjudicados de manera sorpresiva en sus derechos e intereses. La reviviscencia tendría entonces consecuencias equivalentes a las de la retroactividad de las disposiciones desfavorables⁴⁸, retroactividad proscrita en nuestro Derecho. Por consiguiente, en estos casos, mientras perdure la apariencia de validez del reglamento ilegal, no resulta admisible la reviviscencia de la norma

⁴⁵ Cfr. el art. 72 ALJ de 1995 con los arts. 72 PLJ de 1995, 71 ALJ de 1997 y 71 PLJ de 1997.

⁴⁶ El art. 72 ALJ de 1995 era el equivalente del vigente art. 73 LJ.

⁴⁷ Por análogas razones se admite la retroactividad de las disposiciones administrativas que amplían la esfera jurídica de los ciudadanos (art. 62.2 LPC *a sensu contrario*).

⁴⁸ CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 274, respecto de las leyes de contenido sancionador.

«derogada» por el mismo. Durante este periodo de tiempo, debería aplicarse dicho reglamento⁴⁹. Un ejemplo: determinada norma comunitaria prohibía a la Administración exigir cantidades inicialmente no exigidas en concepto de cierto tributo cuando la cuantía comprobada *a posteriori* como inferior a la devengada hubiese sido calculada a partir de disposiciones de carácter general que después fueron anuladas judicialmente⁵⁰. La cantidad que de acuerdo con la disposición general posteriormente anulada fue exigida en su día era inferior a la que resultaba de aplicar la normativa «revivida» como consecuencia de la anulación. Creemos que aunque no se hubiese dictado aquella norma comunitaria, esta prohibición hubiese venido igualmente impuesta por la seguridad jurídica.

B) Incidencia de la invalidez de un reglamento sobre las remisiones realizadas al mismo por otras normas jurídicas

Señala SANTAMARÍA PASTOR que, por regla general, es cada norma jurídica la que de manera inmediata y directa fija su propio contenido, esto es, «describe el mandato, prohibición o permiso en que la norma consiste»⁵¹. Cabe, no obstante, que ésta «renuncie a regular total o parcialmente la materia a la que se refiere, remitiendo esta regulación a otras normas»⁵². Aquí se plantea la cuestión de la incidencia que va a tener la invalidez de la norma remitida sobre la remisión⁵³.

Puede suceder que una norma —v. gr., una ley— en lugar de regular el supuesto de hecho que constituye su objeto, remita esta regulación a lo dispuesto en otra *norma jurídica* —v. gr., un reglamento—, que puede haberse dictado ya⁵⁴ o que lo será en un futuro⁵⁵. Una norma se remite a otra que forma o formará parte del ordenamiento. La remisión es, por lo tanto, a una norma jurídica válida, ya que únicamente las normas jurídicas válidas son normas jurídicas propiamente dichas⁵⁶. Sólo una norma jurídica válida puede ocupar el espacio que le ha dejado la norma remitente. Pues bien, la

⁴⁹ A similar conclusión vimos que llegaba CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 275.

⁵⁰ Vid. el art. 5.1 del Reglamento del Consejo 1697/1979, de 24 de julio, al que se refieren las SSTs de 20-2-1995 (Ar. 2442), 6-3-1995 (Ar. 2457) y 30-10-1996 (Ar. 8481).

⁵¹ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 356.

⁵² *Ibidem*, p. 356.

⁵³ Aquí no se utiliza el término «remisión» con el significado que le dan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 261.

⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 357, llama a esta remisión «reenvío».

⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 358 y 359, llama a esta remisión «delegación».

⁵⁶ Recordemos que, como señala Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 23, el término validez designa la «existencia específica de una norma».

invalidez del reglamento remitido determinará en estos casos que la remisión se entienda realizada a otra norma distinta: la que fue «derogada» o «desplazada» del ordenamiento jurídico por aquélla u otra que habrá de dictarse en el futuro.

Distinto es el supuesto denominado por especialistas del Derecho internacional privado «incorporación por referencia»⁵⁷ o por algunos iusadministrativistas como «remisión rígida»⁵⁸ o «recepción»⁵⁹, en el que «la norma, en lugar de describir lingüísticamente una concreta regulación, opta por indicarla de modo referencial: esto es, limitándose a expresar que dicha regulación será justamente aquella que se contiene en otra norma, ya existente y conocida, que se identifica por sus datos externos..., y cuyo contenido se asume como propio por la norma remitente»⁶⁰. Lo que interesa resaltar es que aquí «el contenido de la norma recibida no se toma, pues, como tal norma, sino como un dato de hecho, una formulación lingüística que se asume en su materialidad; por ello, la modificación o derogación de la norma recibida es irrelevante: la norma remitente seguirá teniendo el mismo contenido que poseía la norma remitida, antes de su modificación o derogación»⁶¹. La remisión aquí no es a una norma jurídica considerada como tal, sino a un enunciado lingüístico, a un conjunto de significantes —que como muy bien señala el autor de las palabras citadas, constituyen un dato de hecho—, con independencia del significado jurídico que los mismos puedan tener. En consecuencia, la sola circunstancia de que una disposición reglamentaria «recibida» sea inválida o válida es totalmente irrelevante para que su contenido pueda ser tomado válidamente por la norma remitente.

No son frecuentes en la práctica los casos de recepción, pero haberlos haylos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha estimado que el Real Decreto-Ley 5/1985, al establecer que ciertas instalaciones debían guardar entre sí las «distancias establecidas en el actual régimen de estaciones de servicio del Monopolio»⁶², se estaba refiriendo al tantas veces citado Reglamento para la venta y suministro de ciertos carburantes y combustibles líquidos de 1980 —anulado posteriormente por vicios de procedimiento— «al que en este concreto particular asume como propio con rango normativo suficiente para sustraerlo a la nulidad predicable del resto de la disposición

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 1996, p. 380.

⁵⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, «Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial», *RAP*, 147, 1988, p. 328, que pone algún ejemplo real.

⁵⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 356.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 356.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 356 y 357.

⁶² Vid. el art. 6 del RD Ley 5/1985, de 12 de diciembre.

reglamentaria anulada»⁶³. El régimen de distancias contenido en el Reglamento citado de 1980 había sido «recibido» por el Real Decreto-Ley de 1985 y tenía plena validez, a pesar de la anulación de aquél.

2. INCIDENCIA DE LA INVALIDEZ DEL REGLAMENTO SOBRE LA VALIDEZ DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS NACIDAS EN APLICACIÓN DEL MISMO

Normalmente suele plantearse esta cuestión en relación con los reglamentos anulados, pero conviene abordar el problema con mayor amplitud y preguntarse por los actos dictados en aplicación de reglamentos inválidos, hayan sido anulados o no.

A) Datos legislativos

El artículo 73 LJ dice 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»⁶⁴.

El precedente más inmediato de este precepto lo constituye el derogado artículo 120.1 LPA, que disponía que «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». El estudio de este artículo resulta de gran interés porque en relación con el mismo se han producido casi la totalidad de trabajos doctrinales y de resoluciones judiciales que se han ocupado del problema. Incluso después de su derogación en 1992 se ha dicho del mismo que conservaba un «claro valor ejemplar»⁶⁵ y que «en él se consagraban principios generales»⁶⁶. De hecho, ha «resucitado» por obra de la Ley 4/1999, que establece que la Administración puede revisar de oficio y anular sus actos nulos, «sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma»⁶⁷.

Para comprender mejor el significado de estos preceptos es útil tener presente la regulación legislativa de una cuestión muy similar a la que nosotros debemos dar respuesta: la de la validez de los actos dictados en aplicación de leyes anuladas por el Tribunal Constitucional. No es casualidad que algunos autores sigan los mismos criterios a la hora de resolver ambos problemas⁶⁸. El artículo 40.1 LOTC dispone que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

También otros ordenamientos jurídicos distintos del español contienen disposiciones similares a las que se acaban de transcribir⁶⁹. Aquí hay que mencionar, por su similitud con el artículo 73 LPC, el parágrafo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, que en su primer apartado dice que «contra una sentencia penal firme que se funde en una ley declarada nula o inconstitucional o en una interpretación que se ha declarado por el Tribunal Constitucional Federal incompatible con la Constitución, se admitirá su revisión de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento procesal penal», y en su apartado segundo dispone que «en lo demás, y sin perjuicio de lo dispuesto por alguna disposición legal especial, las decisiones firmes que se funden en una norma declarada nula,..., quedarán subsistentes. No se admitirá la ejecución de una decisión tal,... Las pretensiones de enriquecimiento injusto quedan excluidas»⁷⁰.

B) Tesis doctrinales

BOQUERA OLIVER distingue según se trate de reglamentos nulos o anulables. La declaración de nulidad de un reglamento nulo hace «desaparecer *ex tunc*

⁶³ Así, por ejemplo, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 335, que estima que entre ambos supuestos no hay «diferencias sustanciales», y CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., pp. 261 y ss.

⁶⁴ Vid. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *REDC*, 22, 1988, pp. 42 y ss.. Con mayor detalle, vid. MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., pp. 106 y ss.

⁷⁰ El § 183 VwGO, de contenido similar, y cuyo tenor literal se refiere sólo a la anulación de normas por parte de los Tribunales Constitucionales de los *Länder*, se considera aplicable también a la anulación de reglamentos por parte de los Tribunales ordinarios; vid. PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, (dirs. Schoch, Schmidt-Abmann y Pietzner), 1997, § 183, p. 10.

⁶³ Vid. las SSTs de 14-11-1989 (Ar. 8502) y 27-6-1991 (Ar. 731/1992).

⁶⁴ Redacción sustancialmente idéntica a la de los arts. 72.1 ALJ de 1995, 72 PLJ de 1995, 71 ALJ de 1997 y 71 PLJ de 1997.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., 1993, t. II, p. 640.

⁶⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., 1994, p. 1091.

⁶⁷ Art. 102.4 LPC, redactado según lo dispuesto en la Ley 4/1999.

sus consecuencias», por lo que ésta conllevará también la desaparición de los actos dictados en aplicación del mismo, aunque éstos hayan adquirido firmeza y no incurran en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos legalmente, pues éste es «el único modo de eliminar de la vida jurídica todos sus efectos» [los del reglamento nulo]⁷¹. En cambio, la anulación de un reglamento anulable, anulación que tiene efectos *ex nunc*, supone la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación⁷². Esta tesis doctrinal deja por resolver, cuando menos, una cuestión: la de cómo podrán los ciudadanos atacar y obtener la anulación de los actos firmes dictados en aplicación del reglamento nulo que no incurran, a su vez, en causa de nulidad, puesto que, aparentemente, nuestro Derecho no contempla dicha posibilidad⁷³.

Otros autores no abordan el problema distinguiendo entre reglamentos nulos y anulables, pues parten de la premisa de que las disposiciones generales ilegales son siempre nulas. Entre estos autores, algunos apelan a las circunstancias del caso concreto y se limitan a señalar algunos puntos de vista, principios y valores jurídicos que hay que ponderar para la resolución del problema⁷⁴, pero no dicen cómo se articulan dichos principios a la hora de ofrecer una respuesta cumplida a esta cuestión. Otros intentan sentar un criterio general válido para cualquier caso.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ consideran que la nulidad de pleno derecho del reglamento «produce efectos en cadena y se comunica a los actos y normas subsiguientes de forma automática»⁷⁵. No obstante, estiman que los efectos de la nulidad no alcanzan a los actos dictados en aplicación del reglamento que hubiesen alcanzado firmeza con anterioridad a la correspondiente sentencia anulatoria⁷⁶.

⁷¹ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 390 y 391. En este punto, siguen a dicho autor CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad...», cit., p. 97, que, sin embargo, no contemplan la posibilidad de que un reglamento pueda ser anulable.

⁷² BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., p. 169.

⁷³ El acto firme que no es nulo sólo puede ser impugnado si adolece de un «error material» (art. 105.2 LPC) o incurre en alguna de las causas del recurso administrativo de revisión (art. 118.1 LPC). Aparte está la posibilidad de que la Administración lo declare lesivo y lo impugne ante los Tribunales, siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde que fue dictado (art. 103 LPC).

⁷⁴ DE ASÍS ROIG, «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», *REDA*, 59, 1988, pp. 468 y 469. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 298 dice que «habrá que estar a las peculiaridades características del supuesto de hecho contemplado, a su incidencia sobre el orden público, y a la protección que merezcan los actos dictados bajo el imperio del reglamento ilegal, sin que en este punto quepan otras reglas generales».

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 215.

⁷⁶ *Ibidem*, t. II, p. 638.

GÓMEZ-FERRER MORANT parte de que la declaración de nulidad de una disposición ilegal tiene una eficacia retroactiva o *ex tunc*: «El reglamento declarado nulo desaparece del mundo del Derecho desde el momento de su promulgación»⁷⁷. Pues bien, «los actos dictados durante el período en que formalmente se ha mantenido vigente, a su pretendido amparo, hay que valorarlos en Derecho como si tal reglamento no hubiera existido», de modo que a la luz del ordenamiento jurídico vigente en el momento en que fueron dictados, y una vez eliminado del mismo el reglamento ilegal, habrá que precisar si estos actos incurren en un vicio determinante de nulidad o de anulabilidad o, incluso, si son plenamente válidos⁷⁸. Este planteamiento ha sido aceptado sustancialmente por otros autores que posteriormente se han ocupado del problema⁷⁹. El debate se centra en algunos matices:

Así, se ha puesto de relieve que los actos dictados en aplicación del reglamento anulado podrían encontrar la cobertura de la norma derogada por dicho reglamento. Esta cuestión ya ha sido abordada en otra sede, donde quedó expuesto en qué circunstancias era admisible esta «reviviscencia». Nos remitimos a lo que allí se dijo⁸⁰.

BELADIEZ ROJO ha señalado que los actos dictados en aplicación del reglamento pueden encontrar su cobertura no sólo en la norma derogada por el reglamento inválido, sino también en algún principio jurídico. Si el acto en cuestión «ha creado una situación que el Derecho considera necesario proteger por exigirlo así un principio jurídico, entonces ese acto será válido, y como tal tendrá garantizada su conservación por el Derecho»⁸¹. Lo que no dice esta autora es en qué supuestos se crea una de estas situaciones dignas de protección.

Algunos autores estiman que, si finalmente el acto no encuentra cobertura en alguna de las normas que componían el ordenamiento jurídico, dicho

⁷⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Nulidad...», cit., p. 398.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 398.

⁷⁹ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 326 y ss.; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., pp. 261 y ss.; MORELL OCANA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 125 y 126; PALAO TABOADA, «Nulidad de reglamentos y devolución de ingresos realizados en virtud de actos dictados en su aplicación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, 195, 1999, pp. 3-26; TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 890; PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2000, pp. 205 y ss.; TRAYTER JIMÉNEZ, *El control...*, cit., p. 396.

⁸⁰ *Vid. supra*, IX.1.A).

⁸¹ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 333. Sigue a esta autora, BLASCO ESTEVE, «Efectos de la Sentencia constitucional sobre la Ley del Suelo respecto de planes urbanísticos y sus actos de ejecución», *REALA*, 273, 1997, p. 16. En sentido similar, SÁNCHEZ LAMELAS, «La nulidad de las disposiciones administrativas y el problema de los actos dictados en aplicación de aquéllas», *RLL*, 2, 1995, pp. 1057 y ss., que considera que estos actos son nulos, a menos que el principio de seguridad jurídica exija su validez.

acto será, por regla general, anulable⁸². Otros consideran que éste será nulo, porque, al carecer la Administración de habilitación para actuar, habrá sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente y, por consiguiente, incurrirá en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1.b) LPC⁸³. No compartimos esta última opinión, ya que es posible que el acto inválido incurra en un vicio que determine su anulabilidad. Imaginemos que el reglamento inválido suprime la necesidad de observar cierto trámite legalmente establecido para elaborar determinadas resoluciones administrativas. La resolución dictada con omisión de dicho trámite será probablemente anulable, pues el vicio de procedimiento es, por regla general, causa de anulabilidad (art. 63.2 LPC).

El problema más controvertido se ha suscitado en relación con los actos dictados en aplicación del reglamento que ya han adquirido firmeza antes de que se produzca la anulación del mismo. Un sector de la doctrina ha interpretado el artículo 120.1 LPA en el sentido de que dichos actos firmes debían subsistir⁸⁴. Otro sector ha defendido que este artículo no ordenaba que tales actos firmes subsistieran; la ley no se pronunciaba sobre el destino de los mismos; éstos podrían subsistir o no⁸⁵. A nuestro juicio, así lo indica la redacción del precepto, que empleaba la fórmula «sin perjuicio» seguida del verbo subsistir conjugado en subjuntivo, modo que en español se utiliza para expresar una duda, una posibilidad, y no en indicativo, que tiene por objeto afirmar la existencia de la realidad.

De acuerdo con esta segunda interpretación, los actos firmes podrían en determinados supuestos ser inválidos y eliminados del orden jurídico. Ya vimos que BOQUERA OLIVER estima que esto debe suceder con todos los actos firmes dictados en aplicación de un reglamento nulo. Otros autores y algún Dictamen del Consejo de Estado consideran que dichos actos podrán ser eliminados por los cauces y en las circunstancias que establece nuestro

⁸² LAVILLA ALSINA, «La revisión...», cit., p. 77.

⁸³ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 330, 333 y SÁNCHEZ LAMELAS, «La nulidad...», cit., p. 1057, realizan esta afirmación con carácter general, mientras que TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 890, la hace a la vista de un caso concreto: los actos dictados en aplicación de cierto reglamento anulado eran nulos porque habían sido dictados por órgano manifiestamente incompetente.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 638 y 639, que entienden que «así lo declara ahora explícitamente el art. 73 LJ»; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 400; DE ASÍS ROIG, «Anulación...», cit., p. 67; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 423.

⁸⁵ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 325; BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., pp. 164 y 165; CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad...», cit., p. 96; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 263; ESPEJO MEANA, M.^º R., «Nulidad...», p. 136; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., pp. 394 y 395; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., 1998, t. I, p. 126; PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos...*, cit., p. 218.

ordenamiento para revisar y eliminar los actos administrativos firmes: fundamentalmente, el procedimiento de revisión de oficio y la declaración de lesividad, seguidos, en su caso, del correspondiente proceso contencioso-administrativo⁸⁶. Los actos firmes nulos podrán ser revisados de oficio o a instancia de parte en cualquier momento (art. 102.1 LPC). Los anulables sólo podrán ser impugnados jurisdiccionalmente por la Administración que los dictó, previa declaración de lesividad de los mismos producida antes de que hayan transcurrido cuatro años desde su emanación (art. 103 LPC).

Aquí se produce una cierta desigualdad entre los ciudadanos y la Administración. Si el acto firme dictado en aplicación de un reglamento inválido es anulable, únicamente la Administración tendrá la posibilidad de promover su eliminación, si bien «sólo» dentro del mencionado plazo de cuatro años. Quizás por eso, hay quien estima que la publicación de la sentencia que anula una norma reglamentaria «produce el efecto de reabrir los plazos correspondientes en cada caso para la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo que proceda, contra cualquier acto de aplicación de la misma, con independencia de que hubiera o no adquirido firmeza al tiempo de dictarse la resolución judicial»⁸⁷. A nosotros nos parece que esta «reapertura de plazos», además de «carecer de cualquier apoyo en el Derecho positivo»⁸⁸, resultaría muy perjudicial para la seguridad jurídica. Hay que tener en cuenta que un reglamento puede ser anulado después de haber sido aplicado durante varios años, más de cuatro, incluso. Reabrir los plazos para impugnar todos los actos firmes anulables dictados al amparo del reglamento, sin importar el tiempo transcurrido desde que fueron dictados, resultaría difícilmente compatible con la seguridad⁸⁹. Obviamente, la Administración y los ciudadanos no se encuentran en la misma posición a la hora de impugnar o eliminar los actos administrativos. Que esta desigualdad tenga, o no, una justificación suficiente es una cuestión que no vamos a abordar en este trabajo, pero, aun suponiendo que se trate de una diferencia de trato injustificada, resulta discutible que para repararla deba ampliarse en el tiempo de aquella manera la posibilidad que tienen los ciudadanos de impugnar los actos administrativos simplemente anulables. La seguridad

⁸⁶ GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., pp. 394 y 395; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 333; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 264; DCE de 30-11-1995 (RDL 67).

⁸⁷ ESPEJO MEANA, M.^º R., «Nulidad...», cit., p. 137. Defienden esta solución de *lege ferenda*, GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia...», cit., pp. 265 y 263, n. 21; PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos...*, cit., pp. 172 y 225.

⁸⁸ Así lo reconoce GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia...», cit., p. 263, n. 21.

⁸⁹ GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia...», cit., p. 265, señala, sin embargo, que ésta «puede ser una fórmula prudente, si atendemos a la realidad estadística (sorprendente, pero cierta) de la renuencia de los ciudadanos [franceses] a efectuar este tipo de reclamaciones».

jurídica pide otra cosa: una restricción de las facultades que tiene la Administración al respecto. En este sentido, la Ley 4/1999 ha eliminado la posibilidad de revisar de oficio los actos anulables declarativos de derechos⁹⁰.

C) *Jurisprudencia*

a) Tribunal Supremo

a') *La comunicación de la invalidez del reglamento a las situaciones jurídicas nacidas en aplicación del mismo*

La defectuosa utilización de la terminología propia de la teoría de la invalidez de los actos administrativos —principalmente, la confusión entre invalidez, nulidad y anulabilidad— es un problema que ya se ha denunciado⁹¹ y que, otra vez, debemos tener a la vista en este momento.

Algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo podrían dar la impresión de que la nulidad de un reglamento determina necesariamente la de los actos dictados en aplicación del mismo. Así lo da a entender la STS de 2 de febrero de 1942 (Ar. 190), que decía que «de no hacerlo así se incurriría en el absurdo de dejar vigentes resoluciones que son mera consecuencia y ejecución de otras que este mismo Tribunal» había anulado. El Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de ciertas resoluciones «ya que traen causa u origen de disposición ineficaz por ser nula»⁹²; ha dicho que la nulidad de ciertas disposiciones «se proyecta inevitablemente, ..., sobre los actos en ellas basados»⁹³; que la nulidad de cierta disposición alcanza a los actos dictados en su ejecución⁹⁴; que, «declarada judicialmente la nulidad del [reglamento] que sirve de cobertura jurídica al acuerdo recurrido, es inexcusable declarar a éste incurso en igual nulidad»⁹⁵. La STS de 5 de mayo de 1986 (Ar. 3060), invocando la opinión doctrinal según la cual «la nulidad de pleno derecho produce efectos en cadena y se comunica a los actos y normas subsiguientes de forma automática», declara que, «nula la norma aplicada, nulo debe ser el acto dictado a su amparo». Conviene precaverse ante estas afirmaciones de aparente alcance universal. Es cierto que en todos estos supuestos y en otros similares⁹⁶ los actos enjuiciados

resultaban ser inválidos una vez inaplicado el reglamento inválido a cuyo amparo se habían dictado, pero ello no quita que en otros supuestos pudieran ser válidos y debieran ser conservados. Además, la calificación de nulos para estos actos inválidos se debe las más de las veces a «imprecisiones terminológicas»⁹⁷. Y es que, en realidad, en todos estos supuestos resultaba prácticamente irrelevante el que los actos dictados en aplicación del reglamento fuesen nulos o anulables, porque éstos no habían alcanzado todavía firmeza. Si los actos enjuiciados hubiesen sido anulables, la solución tendría que haber sido idéntica: la anulación de los mismos.

Indicio del carácter un tanto retórico de estas declaraciones es que contradicen otras realizadas por ese mismo Tribunal. Así, por ejemplo, la STS de 4 de febrero de 1985 (Ar. 942) estima que la anulación de un plan «*por sí misma*, no implicaría, como regla, la invalidación de las situaciones jurídicas creadas o nacidas durante su vigencia»⁹⁸. Y la de 15 de junio de 1987 (Ar. 6126) dice que «la declaración de la nulidad de un reglamento elimina a éste, que deja de formar parte del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de su publicación, pues la nulidad de pleno derecho produce efectos *ex tunc*. Los actos dictados en aplicación del reglamento nulo durante el lapso de tiempo en que ofreció una apariencia de vigor quedan sin la cobertura que les proporcionaba aquél. Tales actos, ya sin el amparo del reglamento, quedan solos ante el resto del ordenamiento jurídico. Habrá pues que enjuiciarlos como si el reglamento no hubiera existido y, así, a la luz del ordenamiento jurídico resultante, dichos actos podrán ser nulos de pleno derecho, anulables o incluso válidos»⁹⁹.

Esta postura de la no comunicación automática de la invalidez del reglamento a la de sus actos de aplicación es la que ha acabado por prevalecer en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁰, como pudimos comprobar cuando analizamos el problema de la «reviviscencia» de las normas derogadas por un reglamento inválido. Los actos dictados al amparo del reglamento inválido debían considerarse inválidos cuando encontraban la cobertura de la norma «revivida».

⁹⁰ Confróntese la redacción originaria del art. 103 LPC con la que le ha otorgado la Ley 4/1999.

⁹¹ *Vid. supra*, II.4.D).b).c').

⁹² STS de 25-1-1961 (Ar. 476).

⁹³ STS de 4-5-1964 (Ar. 2504).

⁹⁴ STS de 29-11-1977 (Ar. 4396).

⁹⁵ STS de 26-11-1985 (Ar. 491/1986).

⁹⁶ *Vid.*, entre otras, las SSTS de 23-3-1961 (Ar. 1461), 23-6-1961 (Ar. 2624), 3-10-1961 (Ar. 3490), 18-11-1961 (Ar. 3528), 5-4-1962 (Ar. 1933), 28-2-1981 (Ar. 523), 21-10-1986 (Ar. 5771), 10-7-1987 (Ar. 5640) y 23-4-1993 (Ar. 2977).

⁹⁷ Así lo reconoce SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 300, en relación con algunas de estas SSTS.

⁹⁸ Esta afirmación es a mayor abundamiento, pues no se había probado la anulación del referido plan.

⁹⁹ La influencia de las tesis de GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., p. 398, en esta STS es evidente.

¹⁰⁰ *Vid.*, por ejemplo, las SSTS de 12-7-1991 (Ar. 5594), 20-2-1995 (Ar. 2442) y 11-4-1995 (Ar. 4347).

b') *Validez de las situaciones jurídicas creadas por actos administrativos firmes dictados al amparo del reglamento inválido*

La Jurisprudencia ha interpretado tradicionalmente el artículo 120.1 LPA en el sentido de que éste ordenaba la subsistencia de los actos firmes dictados al amparo de un reglamento inválido. Esta interpretación queda apuntada en numerosos *obiter dicta*¹⁰¹, pero también se contiene en las *ratio decidendi* de muchas sentencias. Casi siempre que los actores recurrían un acto firme dictado en aplicación de un reglamento inválido, las más de las veces anulado, el Tribunal Supremo desestimaba el correspondiente recurso por considerar que dicho acto era firme y que el citado artículo 120.1 imponía su subsistencia¹⁰². No obstante, hay que tener en cuenta que en algunos de estos supuestos, el reglamento que se tachaba de inválido no había sido anulado jurisdiccionalmente, sino simplemente inaplicado por padecer un vicio de procedimiento, que de acuerdo con cierta doctrina jurisprudencial es causa de anulabilidad¹⁰³. Así mismo, conviene resaltar que alguna de estas sentencias, después de desestimar el recurso contra un acto tributario firme, señalaba que dichos actos firmes pueden «ser revisados a través de los procedimientos especiales, con motivos tasados y extraordinarios de revisión» contemplados en la Ley General Tributaria¹⁰⁴. El Tribunal Supremo dejaba, pues, la puerta abierta a la revisión de oficio y posterior impugnación jurisdiccional de los actos administrativos firmes incurso en alguna causa de nulidad¹⁰⁵.

Lo cierto es que el propio Tribunal Supremo se va a apartar en varias ocasiones de esa interpretación «tradicional» del artículo 120.1 citado.

Así, la inaplicación por parte del Tribunal Constitucional de cierta disposición sancionadora que infringía la reserva de ley¹⁰⁶ dio lugar a que el

Supremo anulara algunas providencias de apremio dictadas en ejecución de multas que aplicaban aquella disposición y que habían devenido firmes¹⁰⁷, a pesar de que el Letrado del Estado alegaba que la anulación de un acto firme y consentido lesionaba la seguridad jurídica¹⁰⁸ y de que ello parecía ir en contra del carácter tasado de los motivos susceptibles de fundar la impugnación de las providencias de apremio, entre los cuales no se encuentra la invalidez del acto firme que se trata de ejecutar¹⁰⁹. Los argumentos empleados por el Tribunal Supremo para obrar de este modo eran dos. En primer lugar, consideraba que el reglamento aplicado era nulo, por lo que no era susceptible de producir efecto jurídico alguno y que, «si en materia sancionadora tienen carácter retroactivo las disposiciones más beneficiosas para el inculcado, con mayor razón ha de tenerlo la declaración de nulidad de la norma que sirvió de cobertura legal a la sanción»¹¹⁰. En segundo lugar, estimaba, con razón, que las multas que la Administración trataba de ejecutar eran nulas¹¹¹ y que éstas no podían «producir ningún efecto jurídico cualquiera que [fuese] la fase procedimental en que se [apreciase] la citada nulidad»¹¹², puesto que «la gravedad de los vicios que generan la nulidad de pleno derecho, fundamento de su carácter de orden público, justifica que su declaración pueda formularse de oficio no sólo por la Administración, ..., sino también por los Tribunales»¹¹³.

La STS de 12 de julio de 1991 (Ar. 5594) sienta una doctrina que también se aparta de la interpretación «tradicional» del artículo 120.1 LPA: «Esa

¹⁰¹ Vid., entre otras, las SSTs de 1-2-1985 (Ar. 455), 21-10-1986 (Ar. 5771), 15-6-1987 (Ar. 6126), 16-4-1991 (Ar. 3053), 8-7-1992 (Ar. 6157) y 11-4-1995 (Ar. 4347).

¹⁰² Vid., entre otras, las SSTs de 19-12-1986 (Ar. 7172), 10-10-1987 (Ar. 6110), 25-3-1991 (Ar. 2018), 19-9-1991 (Ar. 7774), 2-7-1992 (Ar. 6108), 4-5-1993 (Ar. 3598), 26-3-1993 (Ar. 5124), 20-2-1995 (Ar. 2442), 6-3-1995 (Ar. 2457), 20-11-1995 (Ar. 8340), 26-12-1995 (Ar. 9357), 26-2-1996 (Ar. 1391), 18-3-1996 (Ar. 2035), 27-11-1996 (Ar. 8386) y 17-10-1996 (Ar. 7276).

¹⁰³ Vid., por ejemplo, las SSTs de 20-2-1995 (Ar. 2442), 6-3-1995 (Ar. 2457), 17-6-1995 (Ar. 4707) y 9-11-1995 (Ar. 592/1996).

¹⁰⁴ SSTs de 2-7-1992 (Ar. 6108), 7-7-1992 (Ar. 6202), 8-7-1992 (Ar. 6203) y 4-5-1993 (Ar. 3598).

¹⁰⁵ La misma doctrina se deduce, *a sensu contrario*, de las SSTs de 19-11-1991 (Ar. 7774), que desestima el recurso contra un acto firme dictado en aplicación de una disposición general anulada porque aquél no incurría en ninguno de esos supuestos tasados de revisión, y 9-11-1995 (Ar. 592/1996), que tampoco anula un acto firme dictado en aplicación de un reglamento aquejado de un vicio de procedimiento por considerar que dicho acto era anulable.

¹⁰⁶ Vid. la STC 42/1987, de 7 de abril.

¹⁰⁷ Vid. las SSTs de 21-4-1988 (Ar. 3394), 9-5-1988 (Ar. 4078), 29-6-1990 (Ar. 5434), 10-7-1990 (Ar. 5988), 30-10-1991 (Ar. 8067), 19-12-1991 (Ar. 9434), y 26-6-1992 (Ar. 4550), estas tres últimas dictadas con ocasión de sendos recursos extraordinarios de revisión. Sobre esta jurisprudencia, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, «La declaración de nulidad de los actos administrativos con ocasión de su ejecución por la vía de apremio», *REDA*, 69, 1991, pp. 119-128.

¹⁰⁸ Vid. la STS de 21-4-1988 (Ar. 3394).

¹⁰⁹ Vid. los arts. 138 LGT y 99 RGR. Esta jurisprudencia que afirma la posibilidad de atacar las providencias de apremio basándose en la nulidad del acto firme que les sirve de título ejecutivo ha sido admitida para supuestos distintos del comentado en el texto por las SSTs de 9-12-1996 (Ar. 9115), 11-10-1997 (Ar. 8490) y 20-6-1995 (Ar. 4711), esta última en sus *obiter dicta*, pero negada por las de 6-4-1992 (Ar. 3148), 27-6-1994 (Ar. 4732) y 31-10-1994 (Ar. 8214).

¹¹⁰ Vid. la STS de 21-4-1988 (Ar. 3394).

¹¹¹ Señala la STS de 26-6-1992 (Ar. 4550) que estas multas infringían el derecho fundamental reconocido en el art. 25.1 CE y que «la lista de causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el art. 47.1 LPA [hoy 62.1 LPC] ha de ser ampliada con la vulneración de los derechos fundamentales dado su sentido nuclearmente esencial en un Estado de Derecho».

¹¹² SSTs de 29-6-1990 (Ar. 5434), 10-7-1990 (Ar. 5988), 30-10-1991 (Ar. 8067) y 19-12-1991 (Ar. 9434). En sentido similar, las SSTs de 9-5-1988 (Ar. 4078) y 27-7-1995 (Ar. 3094).

¹¹³ STS de 26-6-1992 (Ar. 4550).

conservación de los actos firmes a que hace referencia el precepto últimamente citado no puede entenderse, ..., como una carta de naturaleza o patente de corso absoluta (de modo que todos los actos firmes, consentidos o recurridos tardíamente, ..., gocen de plena virtualidad), sino que tales actos, aun siendo firmes, han de quedar sometidos al posible contraste con el resto del ordenamiento jurídico subsistente y aplicable. De modo que, en relación con los mismos, pueden darse las siguientes hipótesis: 1) que los actos incurran en alguno de los casos de nulidad absoluta, ..., supuesto en que la propia Administración y el órgano jurisdiccional de control, de oficio o a instancia de parte (al no haber límite temporal preclusivo del plazo de impugnación, ...) pueden revisarlos normalmente y revocarlos; 2) que los actos sean anulables por infracción manifiesta de la Ley, supuesto en que la Administración, y sólo ella puede también revisarlos y revocarlos con las formalidades y requisitos previstos en el artículo 110.2 del texto antes citado dentro del plazo de cuatro años [esta posibilidad ha desaparecido en virtud de la Ley 4/1999]; 3) que los actos sean anulables pero no incurran en la comentada infracción manifiesta, supuesto en que la Administración, y sólo ella puede declararlos lesivos y proceder a su impugnación contenciosa; según el artículo 110.1 comentado¹¹⁴; y, 4) que los actos sean válidos y legales, caso en que quedarán plenamente subsistentes¹¹⁵.

De acuerdo con la doctrina contenida en esta Sentencia, otra posterior, a la vez que anula cierta ordenanza por infringir la reserva de ley en materia fiscal, declara que dicha anulación debe «llevar consigo la devolución a la recurrente del importe de las liquidaciones practicadas en aplicación de aquella», porque dichas liquidaciones, aún firmes, incurrieran en una nulidad absoluta por haber sido dictadas por un sujeto que carecía de competencia para la imposición del correspondiente tributo y la emanación de la ordenanza¹¹⁶.

Algún Tribunal Superior de Justicia ha mantenido, incluso, que no hace falta acudir a los procedimientos de revisión de oficio para obtener la anulación de actos firmes dictados en aplicación de un reglamento declarado inválido y la consiguiente devolución de los ingresos indebidamente realizados. Basta con solicitar de la Administración dicha devolución y, en su caso, impugnar ante los Tribunales la resolución denegatoria. Se aducen fundamentalmente razones de economía procesal: la ilegalidad de los actos dictados en aplicación de un reglamento anulado es tan «palmaria» que resulta

¹¹⁴ Precepto equivalente al art. 103 LPC

¹¹⁵ Esta STS consideró que el acto firme impugnado debía subsistir al no incurrir en causa de nulidad alguna. Obsérvese la influencia de GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., pp. 394 y 395, en la doctrina contenida en esta STS.

¹¹⁶ STS de 14-10-1991 (Ar. 7786).

irrazonable acudir al complejo procedimiento de la revisión de oficio¹¹⁷. Sin embargo, este razonamiento es criticable. Aquella ilegalidad puede no ser tan «palmaria» —recuérdese que la invalidez de un reglamento no arrastra necesariamente la de los actos dictados a su amparo—. Y, además, esta jurisprudencia vulnera las normas que atribuyen competencia a determinados órganos —administrativos y jurisdiccionales— para revisar actos firmes, órganos que no coinciden con aquellos a los que corresponde resolver sobre las solicitudes de ingresos indebidos¹¹⁸. De hecho, esta jurisprudencia ha sido rechazada por el Tribunal Supremo¹¹⁹.

c') Validez de las situaciones jurídicas nacidas inmediatamente al amparo del reglamento inválido

Algunas disposiciones generales imponen directamente derechos y obligaciones a los ciudadanos sin necesidad de que medie un «previo acto de requerimiento o sujeción individual»¹²⁰. El problema de la validez de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de reglamentos de aplicación directa inválidos se le ha planteado al Tribunal Supremo en relación con los ingresos efectuados en virtud de autoliquidaciones tributarias que aplicaron una de esas normas.

Debe tenerse presente que los contribuyentes pueden solicitar a la Administración la rectificación de sus autoliquidaciones incorrectamente practicadas con el fin de obtener la devolución de los «ingresos indebidos» a las que éstas hayan dado lugar¹²¹. Sólo cabe formular esta solicitud antes de que la Administración practique una liquidación definitiva o, en su defecto, antes de que prescriban por el transcurso de cuatro años¹²² tanto el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, como el derecho a la devolución del ingreso indebido¹²³.

¹¹⁷ Vid., entre otras, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 28-12-1995 (Ar. 1541), 21-2-1997 (Ar. 288), 28-2-1997 (Ar. 290), 3-3-1997 (Ar. 377), 30-1-1998 (Ar. 315), 4-5-1998 (Ar. 684) y 2-11-1998 (Ar. 1833).

¹¹⁸ Vid. PALAO TABOADA, «Nulidad...», cit., pp. 19 y ss. A favor de esta jurisprudencia SEGOVIA DE LA CONCEPCIÓN, «La devolución de ingresos tributarios indebidos por efecto de la nulidad del reglamento que amparaba la exacción», REDF, 102, 1999, pp. 323-333.

¹¹⁹ SSTS de 17-10-1996 (Ar. 7276) y 7-2-1998 (Ar. 1368).

¹²⁰ En palabras del derogado art. 39.3 LJ de 1956. Sobre estos reglamentos «de aplicación directa», vid. ESTEVE PARDO, «Los reglamentos...», pp. 215-234.

¹²¹ Vid. el art. 155.1 LGT y el art. 8 del RD 1163/1990, de 21 de septiembre.

¹²² Este es el plazo que actualmente fija el art. 64 LGT, redactado conforme a la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.

¹²³ Vid. el art. 8.2 RD 1163/1990.

A continuación, los contribuyentes pueden, en su caso, impugnar la denegación expresa o presunta de su solicitud¹²⁴.

El criterio que implícitamente ha seguido el Tribunal Supremo para resolver estos casos es el siguiente: en la medida en la que el contribuyente ha pagado a la Administración una cantidad superior a la que debería haber pagado según la normativa resultante de eliminar el reglamento inválido del ordenamiento jurídico, se habrá producido un ingreso tributario indebido cuya devolución podrá ser instada a través del procedimiento señalado en el párrafo anterior. En definitiva, las situaciones nacidas inmediatamente al amparo del reglamento inválido son enjuiciadas como si éste nunca hubiese existido.

Así, en una serie de casos sustancialmente idénticos, el Tribunal Supremo confirmó la legalidad de varias desestimaciones de solicitudes de devolución de ingresos indebidos porque las correspondientes autoliquidaciones no habían sido atacadas por la vía arriba mencionada, esto es, no se había instado dentro del plazo fijado la rectificación de las mismas¹²⁵. Conviene tener en cuenta que, por aquel entonces, el plazo fijado reglamentariamente para impugnar estas autoliquidaciones era el de un año a contar desde la presentación de las mismas¹²⁶. A mayor abundamiento, dicho órgano jurisdiccional aducía la doctrina sentada por la STC 45/1989, de la que luego hablaremos, que había anulado con efectos prácticamente *ex nunc* ciertos preceptos legales. En un supuesto similar, el Tribunal Supremo consideró que tampoco procedía devolver el ingreso indebido, porque el acto administrativo presunto que había denegado la solicitud de devolución había alcanzado firmeza¹²⁷.

Pero también encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo algún caso resuelto favorablemente para el contribuyente, debido a que éste había instado la rectificación de su autoliquidación y la devolución de los subsiguientes ingresos indebidos dentro de plazo¹²⁸.

¹²⁴ Vid. los arts. 38.1.b) y 116 RPREA.

¹²⁵ Vid. las SSTs de 26-6-1989 (Ar. 5958), 24-7-1990 (Ar. 5938), 20-2-1992 (Ar. 2095) y 26-4-1997 (Ar. 6172). En sentido similar, *vid.* la STS de 7-2-1998 (Ar. 1368).

¹²⁶ El TS se refiere al art. 121 RPREA, establecido por RD 1999/1981, de 20 de agosto. La disp. adicional 4ª y el art. 8 RD 1163/1990 modificaron dicho art. y se remitieron en su lugar al plazo de cinco años fijado en el art. 64 LGT. Las SSTs citadas en la n. anterior no tuvieron en cuenta que, de conformidad con la disp. transitoria 2ª del RD 1163/1990, la ampliación del plazo tenía eficacia retroactiva. Sobre el problema, *vid.* FERNÁNDEZ PAVES, *La autoliquidación tributaria*, 1993, pp. 196 y ss.; GARCÍA NOVOA, *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, 1992, pp. 395 y ss.

¹²⁷ Vid. la STS de 8-2-1993 (Ar. 1116).

¹²⁸ Vid. la STS de 18-12-1997 (Ar. 515/1998).

b) Tribunal Constitucional

a) *Jurisprudencia producida al resolver conflictos de competencias*

El artículo 66 LOTC prevé que la sentencia que resuelva un conflicto de competencias y, en su caso, anule la disposición administrativa que originó el conflicto podrá «disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma».

El Tribunal Constitucional ha aducido este precepto para declarar la validez de situaciones jurídicas nacidas al amparo de la disposición viciada de incompetencia. En la mayor parte de estos casos se trataba de disposiciones favorables para determinados sujetos. La invalidez de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación de la disposición viciada hubiese lesionado la confianza de éstos. Así, por ejemplo, la STC 45/1984, de 19 de octubre, después de anular una Orden que autorizaba el folleto de cierta emisión de obligaciones, consideró que «la necesidad siempre presente de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de los mismos conduce en este caso, ..., a que la declaración de nulidad no implique alteración alguna de las situaciones de hecho o de Derecho que hayan podido crearse al amparo de la Orden» anulada (FJ 8).

Cuando la norma viciada de incompetencia y favorable a los ciudadanos u otras personas ya ha «agotado» sus efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional prescinde a veces incluso de anularla¹²⁹. Así sucede, por ejemplo, en la STC 75/1989, de 21 de abril, respecto de ciertas Órdenes que convocaban concursos para conceder subvenciones a fondo perdido, pues, como el propio actor señalaba, dicha anulación «podría suponer perjuicios, ..., a quienes hubiesen obtenido subvenciones en virtud de las Órdenes objeto de los presentes conflictos. Por otro lado, estas Órdenes se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos» (FJ 5).

Podría parecer que la STC 125/1984, de 20 de diciembre, se aparta de este criterio al anular un Real Decreto que establecía como elemento promocional de algunos hoteles la distinción «recomendado por su calidad», pues declara que esta anulación «priva de toda posible eficacia, en relación al menos con las tres Comunidades que plantearon este conflicto, a las posibles normas ministeriales que lo desarrollen y a los simples actos de ejecución de aquellas o directamente del Real Decreto impugnado» (FJ 2). Sin embargo, se aprecia que esta «privación de toda posible eficacia» de la disposición inconstitucional no evitaba que las personas que en su día obtuvieron para sus hoteles la

¹²⁹ SSTC 202/1992, de 23 de noviembre, (FJ 8), 330/1993, de 13 de noviembre (FJ 5), 128/1999, de 1 de julio (FJ 18), 186/1999, de 14 de octubre (FJ 13), 242/1999, de 21 de diciembre (FJ 21) y 190/2000, de 13 de julio (FJ 13).

distinción «recomendado por su calidad» se hubiesen beneficiado de tal etiqueta durante el periodo de tiempo anterior a la sentencia, sino que lo que impedía era que esas personas siguiesen beneficiándose de la mencionada distinción con posterioridad a la anulación. De hecho, la anulación de este reglamento favorable para ciertos ciudadanos tenía eficacia *ex nunc*.

De gran interés resultan algunas Sentencias que disponen no sólo la conservación de los efectos jurídicos de la disposición producidos con anterioridad a su anulación, sino también parte de los que la misma había establecido para el futuro; esto no lo puede explicar de ningún modo la teoría tradicional de la nulidad. Entre otras¹³⁰, puede traerse aquí la STC 48/1985, de 28 de marzo, que «declara la nulidad» de la convocatoria y la resolución de un concurso de méritos para proveer vacantes en la plantilla de determinado Cuerpo de Inspectores, dispone «el mantenimiento de la eficacia de los actos realizados por los Inspectores que hayan ocupado las plazas,..., actos que no pueden ser considerados nulos por el hecho de que hayan sido nombrados por un ente incompetente para ello» y, a continuación, declara la validez provisional de la convocatoria y actos anulados al establecer «la continuidad en la prestación de las funciones en la plaza que hayan venido ocupando por parte de los Inspectores,..., hasta tanto se resuelva,..., el nuevo concurso de méritos para cubrir las plazas» (FJ 7).

b') Jurisprudencia producida al resolver cuestiones y recursos de inconstitucionalidad

Para el caso de que un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad se resuelvan con la anulación de la ley impugnada, no existe un precepto semejante al citado artículo 66 que expresamente le otorgue competencia al Tribunal Constitucional para disponer lo procedente respecto de las situaciones creadas al amparo de la norma anulada. El artículo 39.1 LOTC dice que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...». El artículo 40.1 de esa misma Ley sí que establece una regla que ha de respetarse en todo caso respecto de las situaciones creadas por procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. Se plantea el problema de cuál es el régimen que han de seguir las restantes situaciones nacidas de la aplicación de la norma legal anulada, y si el Tribunal Constitucional puede disponer lo que proceda respecto de las mismas.

Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre las consecuencias que tiene la anulación de una norma legal sobre las situaciones jurídicas creadas al amparo de la misma. Esta jurisprudencia se inicia con la STC 60/

¹³⁰ Vid. las SSTC 65/1984, de 23 de mayo (FJ 3), y 24/1985, de 21 de febrero (FJ 10).

1986, de 20 de mayo, que anula algunos artículos de un Decreto-Ley¹³¹, y declara que «esta anulación no ha de comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas» (FJ 5).

La STC 45/1989, de 20 de febrero, que anuló diversos preceptos de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que contemplaban la sujeción conjunta y solidaria de los miembros de la unidad familiar, contiene una declaración similar a la citada en el párrafo anterior, pero, a diferencia de ésta última, viene acompañada de razones y argumentos:

En cuanto a «los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado», dicha Sentencia considera que la Ley «deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso», por lo que declara que «entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria,..., entrañaría,..., un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales». Y añade que «tampoco en lo que se refiere a los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración puede fundamentar la nulidad que ahora acordamos pretensión alguna de restitución» (FJ 11)¹³².

En cambio, estima que no cabe en nuestro Derecho que una ley siga produciendo efectos jurídicos después de la publicación de su anulación, ya que ésta, «en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados,..., impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad». Por esta razón, considera que el impuesto correspondiente al ejercicio de 1988, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido con arreglo a los preceptos

¹³¹ Preceptos del RD Ley 22/1982, de 7 de diciembre, de medidas urgentes de reforma administrativa, que regulaban la situación de los jueces, magistrados y fiscales que se integraran en algún departamento ministerial.

¹³² La STC 38/1997, de 27 de febrero (FFJJ 3 y ss.), aclara el significado de estos pronunciamientos.

anulados (FJ 11). El Tribunal Constitucional niega, pues, su competencia para diferir o aplazar la ineficacia jurídica de la anulación a un momento posterior al de la publicación de la sentencia.

Esta jurisprudencia, criticada por unos¹³³ y alabada, con matices, por otros¹³⁴, ha sido reiterada posteriormente con ocasión de la anulación de varias Leyes, la mayoría de ellas tributarias¹³⁵. La STC 179/1994, de 16 de junio, incluye entre las situaciones «consolidadas», «por exigencia del principio de seguridad jurídica...», todas aquellas otras que no hubieran sido impugnadas en la fecha de publicación de esta Sentencia, es decir, tanto los pagos ya efectuados de cuotas no recurridas, como las devengadas y aún no pagadas, que no estén pendientes de reclamación o recurso administrativo o judicial interpuestos dentro de plazo antes de dicha fecha, a partir de la cual esta Sentencia producirá todos los efectos que le son propios» (FJ 12). Con respecto a la interpretación de este último pronunciamiento, la STC 22/1996, de 12 de febrero (FJ 2), considera razonable entender como situación consolidada la derivada de una liquidación firme pero pendiente de ejecución.

Otras Sentencias se limitan a declarar inconstitucionales, por invadir competencias autonómicas, partidas presupuestarias a cuyo amparo se habían otorgado subvenciones, pues «la anulación...», podría suponer graves perjuicios y perturbaciones... a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado. Por otra parte, dichas partidas presupuestarias se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos»¹³⁶.

El Tribunal Constitucional precisa el alcance temporal de sus sentencias no sólo cuando anula normas «materiales», sino también cuando declara la nulidad de normas «adjetivas». Así, por ejemplo, la STC 128/1994, de 5 de

¹³³ ALONSO GONZÁLEZ, «La constitucionalidad de las leyes de renta», *REDF*, 87, 1995, pp. 570 y ss.; CHECA GONZÁLEZ, *La revisión de oficio de los actos tributarios: nulidad y anulabilidad*, 1996, pp. 27 y ss.; GARCÍA NOVOA, *La devolución...*, cit., pp. 136 y ss.; SÁNCHEZ SERRANO, *Tratado de Derecho financiero y tributario constitucional*, 1997, pp. 555 y ss.

¹³⁴ ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», *RAP*, 119, 1990, pp. 255 y ss.; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 336 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R., «La ley como fuente del ordenamiento jurídico tributario», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al Prof. Dr. D. F. Sainz de Bujanda*, 1991, pp. 234; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso...», cit., *in toto*; RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., pp. 42 y ss., ponente de la STC 45/1989.

¹³⁵ SSTC 146/1994, de 12 de mayo (FJ 8), 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 10), 194/2000, de 19 de julio (FJ 12), y 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 7). La STC 180/2000, de 29 de junio (FJ 7), sienta la misma doctrina al anular una ley que facultaba a la Administración para imponer multas coercitivas.

¹³⁶ SSTC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 17), 16/1996, de 1 de febrero (FJ 8).

mayo, considera que «es preciso... modular el alcance de esta resolución en los procesos en curso, para atender adecuadamente a otros valores con transcendencia constitucional, como los derechos de las partes presentes en el procedimiento, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición del cauce procesal en que han de ejercitarse sus pretensiones» por lo que declara «que los efectos de esta Sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de publicación de la presente Sentencia» (FJ 6)¹³⁷. La STC 195/1994, de 28 de junio, anula ciertos preceptos relativos al procedimiento administrativo de recaudación y establece que, «por exigencia del principio de seguridad jurídica...», el pronunciamiento de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los referidos incisos no entraña la nulidad de los actos administrativos firmes realizados en aplicación de los mismos con anterioridad a la fecha de la publicación de esta Sentencia» (FJ 5).

El primer problema que plantea esta jurisprudencia es el de la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse acerca de las consecuencias que la anulación de una ley tiene sobre las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. Según este Tribunal, la LOTC no define los efectos de la anulación de las leyes en lo que toca al pasado, sino que le deja a él la tarea de precisar su alcance en cada caso¹³⁸. Se trata de una afirmación inexacta¹³⁹, de un lado, porque el artículo 40.1 LOTC sí que contiene una regulación de esos efectos y, de otro, porque la LOTC no otorga expresamente dicha competencia al Tribunal Constitucional para los casos en los que se anula una norma legal.

En varias ocasiones ha dicho este Tribunal que el principio de seguridad jurídica exigía en el caso concreto considerar como «situaciones consolidadas» insusceptibles de ser revisadas, no sólo aquellas a las que se refiere el artículo 40.1 citado, sino también las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes. Podría pensarse que dicho principio fundamenta la referida competencia, pero este razonamiento incurre en un salto lógico. Ninguna duda cabe de que la seguridad puede justificar en determinados supuestos la conservación de los actos administrativos firmes dictados al amparo de una ley anulada, pero ello no implica que el Tribunal Constitucional sea competente para pronunciarse con carácter general al respecto. Así, se ha propugnado que estos pronunciamientos deberían ceder espacio «a la propia inter-

¹³⁷ Tanto esta STC como la 254/1994, de 21 de septiembre (FJ 6), anulan normas que regulaban procesos civiles. En cambio, las SSTC 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 8), 145/1988, de 12 de julio (FJ 9), y 55/1990, de 28 de marzo (FJ 8), anulan preceptos relativos a procesos penales.

¹³⁸ *Vid.* la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11).

¹³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso...», cit., pp. 10 y 11; ALONSO GONZÁLEZ, «La constitucionalidad...», cit., pp. 568 y 569.

vención —atenta a las singularidades de cada caso— de los órganos del Poder Judicial»¹⁴⁰.

Podría aducirse a favor de esta competencia el argumento analógico: si el Tribunal Constitucional es competente para modular las consecuencias que ha de tener la anulación de una norma reglamentaria sobre los actos que la aplicaron, lógicamente también ha de serlo para determinar esas mismas consecuencias cuando lo que se anula es una norma de rango legal, dada la identidad de razón existente entre ambos supuestos. Pero también podría traerse aquí el argumento *a contrario*: si el Legislador le ha otorgado expresamente la mentada competencia al Tribunal Constitucional sólo para el caso de la anulación de reglamentos, es porque ha querido excluir dicha posibilidad cuando la norma anulada tiene rango de ley.

Merece también ser comentado el hecho de que el Tribunal Constitucional se haya considerado alguna vez incompetente para establecer que una ley anulada siga aplicándose y produciendo efectos jurídicos después de publicada la sentencia anulatoria. Según sus propias palabras, la LOTC «no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad»¹⁴¹. PUNSET BLANCO considera incluso que la Constitución prohíbe que una norma declarada inconstitucional siga produciendo efectos jurídicos¹⁴². Tales afirmaciones se basan en los artículos 164.1 CE y 38 LOTC, que vienen a decir lo mismo: «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del estado». Tanto esta doctrina como el argumento que le sirve de base son rechazables pues, como ha señalado BELADIEZ ROJO, una cosa es el momento a partir del cual la sentencia anulatoria vincula *erga omnes* —el de su publicación oficial— y otra cosa distinta el contenido o alcance temporal de la sentencia¹⁴³. Lo mismo pasa con cualquier norma jurídica: una cosa es el momento a partir del cual ésta es válida y vinculante —el de su publicación oficial— y otra es que cada norma pueda disponer su aplicación retroactiva a supuestos de hecho acaecidos en el pasado o diferir su entrada en vigor a un momento posterior. En realidad, ni la Constitución ni la Ley dicen nada, a favor o en contra, sobre la competencia del Tribunal Constitucional para

establecer que una norma legal anulada siga produciendo ciertos efectos jurídicos en el futuro¹⁴⁴.

El propio Tribunal Constitucional ha rectificado aquella afirmación. Las SSTC 96/1996, de 30 de mayo (FJ 23), y 235/1999, de 16 de diciembre (FJ 14), declaran inconstitucionales dos preceptos que suponían implícitamente la asunción por el Estado de la totalidad de las competencias relativas a la intervención y disciplina de ciertas entidades financieras, lesionando las competencias que correspondían a las Comunidades Autónomas en la materia. Lo interesante es que el Tribunal no anula tales preceptos, que siguen siendo provisionalmente aplicables, sino que se limita a apelar al legislador estatal para que éste repare la inconstitucionalidad. Esta solución se basa, de un lado, en que «le corresponde al legislador una inicial labor configuradora de lo que pueda estimarse básico en la materia y de la intervención que deba reconocerse, correlativamente, a las Comunidades Autónomas». De otro lado, la «declaración de nulidad,..., generaría un vacío normativo, sin duda no deseable en materia tan importante como es el régimen sancionador de los establecimientos de crédito».

La STC 195/1998, de 1 de octubre, anula la Ley estatal 6/1992, por la que se declaraba Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja, debido a que la competencia para emanar dicha regulación correspondía a la Comunidad Autónoma de Cantabria. El Tribunal tiene presente que «deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración [de inconstitucionalidad] puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia: en el caso aquí enjuiciado, la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña. Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida... La inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas». Pues bien, «para evitar estas consecuencias, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente» (FJ 5)¹⁴⁵.

¹⁴⁰ JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios...*, cit., pp. 82 y 128. En el mismo sentido, PIERNAT DOMÉNECH, «Los efectos...», cit., p. 154; SÁNCHEZ SERRANO, *Tratado...*, cit., pp. 556 y 557.

¹⁴¹ STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11).

¹⁴² PUNSET BLANCO, «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pp. 33 y ss.

¹⁴³ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 342.

¹⁴⁴ Por ello, critican esta autolimitación ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal...», cit., pp. 264 y ss.; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 342 y ss.

¹⁴⁵ Sobre esta STC, *vid.* ALONSO GARCÍA, R., LOZANO y PLAZA MARTÍN, «El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora».

La STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 8), declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por invadir competencias de las Comunidades Autónomas catalana y vasca. Pero dice que «ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercer las competencias que aquí se les reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas».

En resumen, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de varias leyes y, al mismo tiempo, dispone explícita o implícitamente que éstas son provisionalmente aplicables, obligatorias, válidas¹⁴⁶. Aquí se pone de manifiesto lo incorrecto de la concepción según la cual una ley declarada inconstitucional «ya no existe en el ordenamiento jurídico»¹⁴⁷, es un «muerto jurídico»¹⁴⁸. Aquellas leyes son, por el momento, unos muertos muy vivos, normas que, a pesar de «no existir», obligan.

Otro problema que se suscita es el de si pueden ser conservadas situaciones jurídicas nacidas de la aplicación de una ley anulada y no amparadas por una sentencia firme cuando el Tribunal Constitucional ha callado al respecto.

ra», *RAP*, 148, 1999, pp. 99-132, que cuestionan la solución adoptada en este caso concreto por el TC, si bien reconocen que, en abstracto, dicha «ultraeficacia» es admisible; TEJEDOR BIELSA, «Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre», *REDA*, 101, 1999, pp. 117-126; AGUDO GONZÁLEZ, «Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del Medio ambiente», *RDU*, 178, 2000, pp. 87-114.

¹⁴⁶ La STC 235/1999 (FJ 14) reconoce que la inactividad del legislador al objeto de remediar la inconstitucionalidad declarada en la STC 96/1996 «ha deparado la anómala pervivencia de una situación contraria al reparto constitucional y estatutario de competencias». Según la STSJ de Cantabria de 1-6-1999 (Ar. 3288), «siquiera sea transitoriamente, la Ley 6/1992 permanece vigente y es Derecho aplicable». La STC 208/1999 (FJ 8) dice que «del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esa situación es, desde luego, provisional».

¹⁴⁷ GIMENO SENDRA, en su voto particular a la STC 159/1997, de 2 de octubre.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, en su voto particular a la STC 159/1997, de 2 de octubre. Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 170 y 234 y ss., critica la concepción de la derogación como «muerte de la ley»; las leyes derogadas no mueren, sino que lo normal es que sigan produciendo algunos efectos jurídicos, pues «el ordenamiento, por medio de las normas reguladoras de la sucesión temporal de leyes..., fija los efectos de la ley derogatoria y de la ley derogada».

La STC 19/1987, de 17 de febrero, después de anular un precepto legal que permitía a los Ayuntamientos fijar el tipo de gravamen de cierto tributo, señala que «en virtud de esta Sentencia no podrán los Ayuntamientos actuar la libre potestad que en su favor creó el precepto declarado inconstitucional, con la consecuencia adicional de que —en tanto no provea el legislador a una nueva regulación acomodada a la Constitución en este punto— serán los tipos impositivos inicialmente concebidos como supletorios en la propia ley..., los que habrán de considerarse aplicables» (FJ 6). De estas palabras se deduce, pues, que se había anulado dicho precepto con carácter *ex tunc* y que debían aplicarse los tipos inicialmente concebidos como supletorios por la ley a todos los hechos imponibles verificados con anterioridad al momento en el que se publicó la sentencia anulatoria.

Sin embargo, el Decreto-Ley 1/1987, dictado como consecuencia de esta Sentencia y que regulaba el procedimiento con arreglo al cual habían de practicarse las nuevas liquidaciones, así como el régimen de las devoluciones a que hubiera lugar por ingresos indebidos efectuados durante los periodos impositivos 1984-1986, dispuso, a fin de «garantizar..., la seguridad jurídica de los contribuyentes»¹⁴⁹, que no se efectuaran nuevas liquidaciones en aquellos casos en los que ya se hubiesen practicado otras con anterioridad a la fecha de publicación de la STC 19/1987 que hubiesen aplicado tipos de gravamen —fijados por los ayuntamientos de manera inconstitucional— inferiores a los establecidos por la ley¹⁵⁰. En definitiva, este Decreto-Ley disponía la conservación de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma anulada en los supuestos en los que la aplicación de los tipos fijados por ley y ajustados a la Constitución, en vez de los establecidos inconstitucionalmente por los Ayuntamientos, hubiese supuesto agravar la situación de los contribuyentes. A nuestro juicio, esta regulación no suponía una desobediencia a lo dispuesto en la STC 19/1987, sino que, por el contrario, era el resultado de una interpretación de la misma ajustada a la Constitución. Dicha regulación venía exigida por el «principio de seguridad jurídica de los contribuyentes», principio de rango constitucional.

c) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La doctrina que acaba de exponerse no constituye una originalidad española. Antes que nuestro Tribunal Constitucional, por lo menos el Tribunal Supremo norteamericano¹⁵¹, el Tribunal Constitucional Federal ale-

¹⁴⁹ Vid. la EM del RD Ley 1/1987, de 10 de abril.

¹⁵⁰ Vid. el art. 4 del RD Ley 1/1987, de 10 de abril.

¹⁵¹ Vid. ALONSO GARCÍA, E., «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano», *REDC*, 6, 1982, pp. 242 y ss.

mán¹⁵², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵³ y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵⁴ se habían considerado competentes para precisar «los efectos en el tiempo de sus sentencias». Se trata de un fenómeno generalizado. Aquí estudiaremos únicamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que presenta varios puntos de interés para nuestro trabajo, principalmente: el fundamento jurídico de aquella competencia, las circunstancias en las que procede ejercerla, el alcance de su ejercicio y si cabe considerar válidas algunas situaciones jurídicas nacidas al amparo de una norma anulada cuando dicho Tribunal no se ha pronunciado sobre los «efectos en el tiempo» de la sentencia anulatoria.

El artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (art. 231 del texto consolidado) dispone que «si el recurso [de anulación] fuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

Nótese que el tenor literal de este precepto se refiere sólo a las sentencias que en el marco del llamado recurso de anulación declaran la invalidez de un concreto tipo de normas, los reglamentos comunitarios. A pesar de ello, el Tribunal de Justicia ha hecho uso de la facultad contemplada en dicho precepto respecto de normas distintas de los reglamentos —v. gr., una Decisión del Consejo— y con ocasión de la resolución de cuestiones prejudiciales.

Para justificar el mantenimiento provisional de los efectos jurídicos de ciertos actos dictados en aplicación de una Decisión anulada, la Sentencia de 26 de marzo de 1996 argumenta que «por motivos de seguridad jurídica, comparables a los que intervienen en caso de anulación de determinados reglamentos, parece justificado que el Tribunal de Justicia ejerza la facultad que le reconoce expresamente» el artículo 174 citado¹⁵⁵.

En cambio, el Tribunal de Justicia no viene aduciendo dicho precepto cuando dispone la conservación de situaciones jurídicas nacidas de la interpretación y aplicación incorrectas —disconformes con el Derecho Comunitario— de una norma, sino únicamente «consideraciones imperiosas de seguri-

dad jurídica»¹⁵⁶. Se deduce de ello que, según el Tribunal, dicho principio constituye fundamento suficiente para realizar tales pronunciamientos.

Obviamente, no siempre concurren consideraciones de seguridad jurídica justificantes «de una excepción al principio de retroactividad de las sentencias»¹⁵⁷. El Tribunal de Justicia resume en su Sentencia de 11 de agosto de 1995 su propia jurisprudencia al respecto diciendo que este órgano jurisdiccional «únicamente ha recurrido a esta solución cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión»¹⁵⁸. De esta y de otras Sentencias se deduce que deben darse cumulativamente tres circunstancias para que sea admisible excepcionar aquel «principio de retroactividad»:

La norma anulada o, en su caso, la interpretación rechazada deben gozar de una cierta apariencia de validez, de «corrección». A ello se refiere el Tribunal de Justicia cuando exige respecto de ciertos tipos de discriminación que «los empresarios y los Planes de pensiones *hayan podido razonablemente considerar que estaban tolerados*»¹⁵⁹; cuando señala que «los estados miembros y los círculos interesados *podieron estimar razonablemente* que el artículo 119 no se aplicaba a las pensiones,..., y que en esta materia seguían aplicándose excepciones al principio de igualdad entre trabajadores masculinos»¹⁶⁰. O bien cuando afirma que determinados «datos han podido inducir a la República francesa y a las Entidades locales de los Departamentos franceses de Ultramar a *considerar razonablemente que la legislación nacional en la materia era conforme con el Derecho comunitario*»¹⁶¹.

Una apariencia de validez o corrección tal tiene, por ejemplo, la interpretación que de cierta norma había venido sosteniendo el Tribunal de Justicia en varias Sentencias. Éste, en su Sentencia de 30 de marzo de 1996, modifica

¹⁵² Vid. IPSEN, *Rechtsfolgen...*, cit., pp. 118 y ss.

¹⁵³ Vid. la STEDH de 13-6-1979 (*Markx*, 33/79).

¹⁵⁴ Vid. ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal...», cit., pp. 265 y 266; CAAMAÑO ANIDO, «Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos», *REDF*, 92, 1996, pp. 750 y ss.; CIENFUEGOS MATEO, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, 1998, pp. 271-404; MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, «Devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, 167, 1998, pp. 41-60.

¹⁵⁵ STJCE de 23-3-1996 (*Parlamento y Comisión v. Consejo*, 271/94).

¹⁵⁶ Vid., entre otras, las SSTJCE de 2-2-1988 (*Blaizot*, 24/86), 17-5-1990 (*Barber*, 262/88), 16-7-1992 (*Legros y otros*, 163/90) y 30-3-1996 (*Cabanis-Issarte*, 308/93).

¹⁵⁷ Así, por ejemplo, en los casos resueltos por las SSTJCE de 11-8-1995 (*Roders y otros*, 367-377/93), 13-2-1996 (*Bautiaa*, 197 y 252/94), 17-4-1997 (*Evrenopoulos*, 147/95) y 24-9-1998 (*Comisión v. República Francesa*, 35/97).

¹⁵⁸ STJCE de 11-8-1995 (*Roders y otros*, 367-377/93). La cursiva es nuestra.

¹⁵⁹ STJCE de 11-12-1997 (*Magorrian y Cunningham*, 246/96). La cursiva es nuestra.

¹⁶⁰ STJCE de 17-5-1990 (*Barber*, 262/88). La cursiva es nuestra.

¹⁶¹ STJCE de 16-7-1992 (*Legros y otros*, 163/90). La cursiva es nuestra.

su criterio acerca de la interpretación de una determinada norma, pero dispone que «consideraciones imperativas de seguridad jurídica impiden volver a cuestionar situaciones jurídicas que hayan sido definitivamente liquidadas de conformidad con la reiterada jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia»¹⁶².

Por el contrario, no goza de una apariencia de corrección suficiente al respecto la interpretación que ya había sido declarada incorrecta por el Tribunal de Justicia con anterioridad. En estos casos, dicho Tribunal considera injustificado excepcionar aquel principio de retroactividad, pues «al menos desde la Sentencia, ..., es evidente que el artículo 119 prohíbe las discriminaciones en el reconocimiento de prestaciones por un plan de pensiones de empresa que resulten de discriminaciones relativas al derecho a participar en dicho plan y que, en consecuencia, los empresarios y los planes de pensiones no pudieron razonablemente considerar que estaban toleradas»¹⁶³. «En la época en la que se firmó el Convenio [contrario al Derecho comunitario] ya existía una jurisprudencia clara que no dejaba ninguna duda de que este principio [de no discriminación] prohibía todas las formas encubiertas de discriminación...»¹⁶⁴. «La interpretación del artículo 95, así como la cuestión de su aplicabilidad directa constituyen el objeto de una doctrina jurisprudencial antigua, abundante y variada que no permite que subsista duda alguna sobre el alcance de esta disposición»¹⁶⁵.

La segunda circunstancia que ha de concurrir para que la seguridad jurídica exija «limitar la retroactividad de las sentencias» que anulan un precepto, o que rechazan una determinada interpretación del mismo, es que dicho precepto o interpretación hayan determinado las conductas de ciudadanos y/o poderes públicos. El precepto anulado o la incorrecta interpretación del mismo deben haber producido efectos en el mundo de los hechos. A ello alude el Tribunal de Justicia cuando habla del «elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor»; o advierte que «los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria...»¹⁶⁶; o cuando se refiere a las «acciones *Electronic Data Interchange on Commerce* ya iniciadas» y a las «decisiones de la Comisión ya adoptadas sobre la base de la Decisión anulada»¹⁶⁷; a «derechos

de matrícula complementarios indebidamente pagados»¹⁶⁸; o a «tributos percibidos indebidamente»¹⁶⁹.

Por último, la absoluta retroactividad de la sentencia anulatoria o interpretativa debe suponer un grave perjuicio a las personas que habían confiado en la validez de la norma anulada o en la corrección de una determinada interpretación. El Tribunal de Justicia habla de «repercusiones económicas graves»¹⁷⁰; «graves consecuencias, ..., para la financiación de los regímenes de Seguridad Social»¹⁷¹; «imposibilidad de que los Estados miembros elaboraran sobre una base telemática las estadísticas relativas a los intercambios de bienes intracomunitarios»¹⁷²; «catastróficas consecuencias económicas que tendría para los Departamentos franceses de Ultramar una sentencia» retroactiva¹⁷³.

El Tribunal de Justicia ha llegado a disponer la conservación no sólo de los efectos producidos en el pasado por la norma anulada, sino también de algunos de los efectos jurídicos que la misma habría de producir con posterioridad a la sentencia anulatoria.

Alguna Sentencia basa esta solución en razones de seguridad jurídica, como la de 26 de marzo de 1996, arriba citada, que anula por vicios de procedimiento una Decisión del Consejo reguladora de ciertas actuaciones encaminadas a «garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas nacionales y a promover así su convergencia en una red telemática transeuropea dirigida a la recogida y la transmisión de las informaciones entre las Administraciones». El Tribunal dispone el mantenimiento de los «efectos de las Decisiones de la Comisión ya adoptadas sobre la base de la Decisión anulada hasta que entre en vigor una Decisión» elaborada conforme a Derecho. Como advertía uno de los demandantes, «una interrupción de la continuidad de [aquellas actuaciones], como consecuencia de la ruptura de las corrientes de recogida procedentes de las empresas, se traduciría en la imposibilidad de que los Estados miembros elaboraran sobre una base telemática las estadísticas relativas a los intercambios de bienes intracomunitarios, ..., en consecuencia, sería necesario volver a la recogida de datos mediante formularios»¹⁷⁴.

¹⁶⁸ STJCE de 2-2-1988 (*Blaizot*, 24/86).

¹⁶⁹ STJCE de 16-7-1992 (*Legros y otros*, 163/90).

¹⁷⁰ STJCE de 11-8-1995 (*Rodgers y otros*, 367-377/93).

¹⁷¹ STJCE de 30-3-1996 (*Cabanis-Issarte*, 308/93), que, no obstante, advierte que «los Gobiernos de los Estados miembros que han presentado observaciones no han podido evaluar, siquiera aproximadamente, las consecuencias financieras» de esa retroactividad.

¹⁷² STJCE de 26-3-1996 (*Parlamento y Comisión v. Consejo*, 271/94).

¹⁷³ STJCE de 16-7-1992 (*Legros y otros*, 163/90).

¹⁷⁴ STJCE de 26-3-1996 (*Parlamento y Comisión v. Consejo*, 271/94).

¹⁶² STJCE de 30-3-1996 (*Cabanis-Issarte*, 308/93).

¹⁶³ STJCE de 24-10-1996 (*Dietz*, 435/93). La cursiva es nuestra. En términos semejantes resuelve un supuesto similar la STJCE de 11-12-1997 (*Magorrian y Cunningham*, 246/96).

¹⁶⁴ STJCE de 24-9-1998 (*Comisión v. República Francesa*, 35/97). La cursiva es nuestra.

¹⁶⁵ STJCE de 11-8-1995 (*Rodgers y otros*, 367-377/93). La cursiva es nuestra.

¹⁶⁶ STJCE de 11-8-1995 (*Rodgers y otros*, 367-377/93).

¹⁶⁷ STJCE de 26-3-1996 (*Parlamento y Comisión v. Consejo*, 271/94).

En otros casos, el Tribunal aduce simplemente el artículo 174 antes citado como fundamento de estas soluciones. Así, sus Sentencias de 6 de octubre de 1982 y de 28 de junio de 1988 anulan sendos preceptos reglamentarios reguladores de ciertas retribuciones porque el cálculo de las mismas se había realizado con desconocimiento de algunas normas, menoscabando antijurídicamente el poder adquisitivo de determinados funcionarios. Sin embargo, en ambos casos, se dispone que «para evitar una discontinuidad en el régimen de retribuciones, procede mantener los efectos del Reglamento anulado hasta el momento en que el Consejo haya adoptado las medidas a las que está obligado para garantizar la ejecución de la presente Sentencia»¹⁷⁵. Y la Sentencia de 20 de marzo de 1985 anula por vicios de procedimiento un precepto reglamentario que establecía un derecho *antidumping* sobre los relojes de pulsera originarios de la Unión Soviética. Pero como el recurrente no pedía la supresión de la disposición litigiosa sino su «sustitución por una medida de alcance más severo que comportara una tasa de derecho *antidumping* más elevada, el Tribunal declara que «conviene mantener el derecho *antidumping* establecido por la disposición anulada hasta que las instituciones competentes hayan adoptado las medidas que comporten la ejecución de la presente Sentencia»¹⁷⁶.

Según lo vemos nosotros, el principio de proporcionalidad inspiraba y justificaba estas tres últimas Sentencias. La inmediata desaparición del ordenamiento jurídico de la norma impugnada era todavía más lesiva para los intereses jurídicos por ésta lesionados que el mantenimiento provisional de la misma. La desaparición de la norma reguladora de las retribuciones de los funcionarios hubiera determinado, siquiera de modo temporal, la no retribución de los mismos. La total supresión de la medida *antidumping* hubiera resultado más perjudicial para los intereses legítimos y jurídicamente protegidos de ciertos empresarios que su conservación temporal.

En reiteradas ocasiones ha dicho el Tribunal de Justicia que la limitación de los efectos retroactivos de la sentencia que rechaza una determinada interpretación «sólo puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada»¹⁷⁷. Por ejemplo, su Sentencia de 13 de febrero de 1985 declaró que ciertos estudiantes no debían pagar determinadas cantidades en concepto de derechos de matrícula —*minervals*—. Sin embargo, una Ley Belga estableció que no serían devueltos los *minervals* percibidos antes de 1985, salvo que se hubiera pretendido el reembolso de los

mismos antes del 13 de febrero de 1985. Pues bien, el Tribunal de Justicia declaró que «un Estado miembro no puede adoptar una ley que lleve a limitar los efectos en el tiempo de una sentencia [interpretativa] dado que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado en ese sentido en su sentencia»¹⁷⁸.

Podría pensarse que la sentencia que anula una norma o rechaza una determinada interpretación de la misma y calla respecto de sus propios «efectos en el tiempo» tiene, necesariamente y en todo caso, carácter retroactivo. Podría pensarse que, en estos supuestos, el Derecho comunitario prohíbe de manera absoluta la conservación de cualquier efecto o situación jurídica nacidos al amparo de la norma anulada o de la interpretación rechazada. Pero no vemos las razones por las que haya que deducir consecuencias tan drásticas del silencio de aquel Tribunal en un caso concreto.

De hecho, el Tribunal de Justicia ha matizado aquellas afirmaciones en diversas ocasiones. Por ejemplo, en su Sentencia de 15 de septiembre de 1998¹⁷⁹, que resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con un caso en el que se pedía la devolución de ingresos tributarios pagados con arreglo a lo dispuesto en una norma contraria al Derecho comunitario, el Tribunal declara que el hecho de que este órgano jurisdiccional «haya dictado una sentencia prejudicial sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario sin limitar los efectos en el tiempo de dicha sentencia no afecta al derecho de un Estado miembro a invocar un plazo nacional de caducidad frente a las acciones de devolución de tributos percibidos en contra de la referida disposición,..., siempre que dicho plazo de caducidad se aplique del mismo modo a las demandas de devolución basadas en el Derecho comunitario y a las fundadas en el Derecho interno»¹⁸⁰. Cabe la «fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, que protege tanto al contribuyente como a la Administración interesados». Y añade que el plazo de caducidad puede empezar a correr «a partir de la fecha de pago de los tributos de referencia, aun cuando, en esa

¹⁷⁸ STJCE de 2-2-1988 (*Barra*, 309/85).

¹⁷⁹ STJCE de 15-9-1998 (*Edis*, 231/96). En sentido similar, *vid.* las SSTJCE de 17-7-1997 (*Haahr Petroleum*, 90/94), 17-7-1997 (*Texaco y Oleselskabet*, 114 y 115/95), 2-12-1997 (*Fantask*, 188/95), 15-9-1998 (*Spac*, 290/96) y 17-11-1998 (*Aprile*, 228/96).

¹⁸⁰ Esta STJCE de 15-9-1998 (*Edis*, 231/96) matiza y aclara expresamente las afirmaciones contenidas en la STJCE de 2-2-1988 (*Barra*, 309/85), diciendo que lo que de la misma se desprende es que «un Estado miembro no puede adoptar disposiciones que supediten la devolución de un tributo que una STJCE haya declarado contrario al Derecho comunitario o cuya incompatibilidad con el Derecho comunitario se deduzca de dicha sentencia, a unos requisitos *específicamente* referidos a dicho tributo y que sean *menos favorables* que los que se habrían aplicado, de no existir éstos, a la devolución del mencionado tributo». La cursiva es nuestra. La misma doctrina se desprende, entre otras, de la STJCE de 6-6-1995 (*Soupergaz*, 62/93).

¹⁷⁵ SSTJCE de 6-10-1982 (*Comisión v. Consejo*, 59/81) y 28-6-1988 (*Comisión v. Consejo*, 7/87).

¹⁷⁶ STJCE de 20-3-1985 (*Timex v. Consejo y Comisión*, 264/82).

¹⁷⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTJCE de 2-2-1988 (*Blaizot*, 24/86), 17-5-1990 (*Barber*, 262/88) y 16-7-1992 (*Legros y otros*, 163/90).

fecha, el Derecho nacional todavía no hubiese sido adaptado correctamente a [cierta] Directiva».

En fin, aunque el Tribunal de Justicia en un caso concreto no se pronuncie expresamente acerca de los «efectos en el tiempo de su sentencia» que anula una norma o una determinada interpretación de la misma, cabe, en virtud de las disposiciones generales establecidas en el Derecho del correspondiente Estado miembro, conservar y mantener algunas de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma o de la interpretación anuladas. Cuando aquel Tribunal limita la retroactividad de sus sentencias lo único que hace es añadir un *plus* de conservación a lo que ya se desprende de las normas generales establecidas en el Derecho de cada uno de los Estados miembros¹⁸¹.

D) Posición que se adopta

a) La influencia recíproca existente entre la invalidez del reglamento y la de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo

a') El pretendido carácter *ex tunc* de la invalidez de los reglamentos

El dogma de la nulidad tiene un significado doble: en primer lugar, se afirma que cualquier ilegalidad de una norma jurídica determina su nulidad; en segundo lugar, se considera que a dicha nulidad se asocian determinadas consecuencias, entre otras, la de la invalidez *ab initio* o *ex tunc* de la norma nula. Interesa señalar que esta consecuencia no está prevista en precepto alguno, sino que por el contrario, está basada en una «idea puramente dogmática»¹⁸², «en tópicos históricos bastante poco sostenibles»¹⁸³, en «simplificaciones y en inercias»¹⁸⁴.

Estas dos premisas se hallan en la base de la absoluta mayoría de las tesis que han intentado dar respuesta al problema que ahora nos ocupa. Así, se considera que la anulación o «declaración de nulidad» de una norma jurídica

tiene efectos *ex tunc*, retroactivos¹⁸⁵. Supone la expulsión de la norma del ordenamiento, a la que hay que considerar —por ejemplo, a efectos de enjuiciar los actos dictados en aplicación de la misma— como si nunca hubiera existido¹⁸⁶.

Hay, no obstante, quien rechaza el primero de los contenidos mencionados del dogma de la nulidad, pero acepta el segundo. Uno de los pocos autores que defiende que en el Derecho español hay reglamentos ilegales anulables considera que la declaración de nulidad de los nulos «hará desaparecer *ex tunc* sus consecuencias»¹⁸⁷, mientras que la anulación de un reglamento aquejado de un vicio de anulabilidad tiene efectos *ex nunc* y debe suponer la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación¹⁸⁸. También se da el caso contrario: algunos autores afirman que toda norma que infringe el ordenamiento jurídico es nula¹⁸⁹ y que la declaración de nulidad de la misma puede tener eficacia «prospectiva» y no retroactiva cuando así lo exija, por ejemplo, la seguridad jurídica¹⁹⁰.

La determinación del momento a partir del cual una norma ilegal deba considerarse inválida —desde que se produce la infracción (*ex tunc*) o desde un momento posterior— no obedece a principios teóricos sino que es el «resultado de una decisión que intenta equilibrar el respeto a la seguridad jurídica» con otros principios constitucionales¹⁹¹. Como RUBIO LLORENTE ha notado, ni en aquellos ordenamientos jurídicos donde se parte del dogma de la nulidad de las normas jurídicas la anulación de una ley conlleva siempre su invalidez *ex tunc*, ni la eficacia jurídica *ex nunc* que se atribuye en otros ordenamientos a las sentencias que anulan leyes inconstitucionales impide que, a su vez, se anulen ciertos actos dictados en aplicación de estas normas¹⁹².

¹⁸¹ «Tal limitación tiene por consecuencia privar a los justiciables que normalmente tuvieran la posibilidad, con arreglo a sus reglas procesales nacionales, de ejercer los derechos derivados de la referida disposición comunitaria [la infringida por la norma o interpretación anulada], de la facultad de invocarla en apoyo de sus demandas», señala la STJCE de 15-9-1998 (*Edis*, 231/96).

¹⁸² Señala DÍEZ-PICAZO, L. M.³, «Anulación de las normas», *EJB*, 1995, t. I, pp. 484, que «los efectos *ex tunc* de la anulación de las normas no están previstos en precepto positivo alguno del ordenamiento español, sino que se basan en la idea puramente dogmática de que la invalidez de las normas,..., da siempre lugar a una nulidad absoluta o de pleno derecho».

¹⁸³ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 422, que critica dicho tópico en *La nulidad...*, cit., pp. 184 y 185.

¹⁸⁴ JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios...*, cit., p. 82.

¹⁸⁵ CALONGE VELÁZQUEZ y GARCÍA DE COCA, «Nulidad...», cit., pp. 94 y ss.; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 267; ESPEJO MEANA, M.³ R., «Nulidad...», cit., pp. 132 y 133; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., pp. 397 y 398; SÁNCHEZ LAMELAS, «La nulidad...», cit., p. 1057; LAVILLA ALSINA, «La revisión...», cit., pp. 74 y ss.; TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 892. *Vid.*, así mismo, el DCE de 30-11-1995 (RDL 67) y la STS de 15-6-1987 (Ar. 6126).

¹⁸⁶ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 332; ESPEJO MEANA, M.³ R., «Nulidad...», cit., p. 133; GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad...», cit., p. 398. *Vid.*, así mismo, las SSTs de 15-6-1987 (Ar. 6126) y 19-4-1997 (Ar. 6520).

¹⁸⁷ *Vid.* BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 390.

¹⁸⁸ *Vid.* BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., p. 169.

¹⁸⁹ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 161 y 214 y ss.

¹⁹⁰ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso...», pp. 5 y ss.; y ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal...», cit., pp. 255 y ss., que habla de «definir la eficacia temporal de la nulidad declarada» (p. 259).

¹⁹¹ RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., p. 45.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 42 y ss., esp. 45 y 46.

Si el principio de legalidad fuese el único existente en el ordenamiento jurídico, la invalidez de la norma viciada debería tener siempre carácter *ex tunc*. Este principio pide que las disposiciones generales, en la medida en que contravienen una norma a la que debían ajustarse y lesionan intereses protegidos por ésta, no valgan. Este principio demanda que el reglamento ilegal sea inválido desde un principio; que nadie deba ajustar sus conductas a lo dispuesto por el mismo. Así, los órganos jurisdiccionales deberían prescindir del reglamento inválido para enjuiciar los actos que se produjeron en el pasado y los que tengan lugar en un futuro.

Pero las consecuencias de los vicios de los reglamentos no se determinan únicamente en atención al principio de legalidad. La validez o invalidez de una norma ilegal deriva de una aplicación sistemática del ordenamiento jurídico. Al lado de la exigencias de la norma infringida y del principio de legalidad, habrá que tener muy en cuenta, sobre todo, las de la seguridad jurídica. Es del todo acertada la doctrina que considera que la seguridad u otros principios generales del Derecho pueden fundamentar que se limite la eficacia retroactiva o *ex tunc* de las sentencias que anulan normas ilegales o inconstitucionales¹⁹³. Será la aplicación del entero ordenamiento, que pondere los diversos principios implicados, la que determine el momento hasta el cual un reglamento ilegal debe valer y a partir del cual debe tenerse por inválido.

b') La pretendida independencia entre la invalidez de un reglamento y la de sus actos de aplicación

El dogma de la invalidez *ex tunc* de las normas jurídicas ilegales va en algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales estrechamente unido a otro: el de la absoluta independencia que existe entre la invalidez del reglamento y la de los actos que lo aplicaron. Por ejemplo, GÓMEZ-FERRER MORANT sostiene que la nulidad de un reglamento conlleva que deba enjuiciarse la validez de los actos y situaciones jurídicas nacidos al amparo del mismo como si éste no hubiera existido. Habrá que determinar si estos actos y situaciones son legales o ilegales, válidos o inválidos, a la vista del ordenamiento jurídico aplicable una vez eliminado del mismo aquel reglamento. BELADIEZ ROJO añade que, entonces, aunque ninguna norma legal o reglamentaria preste cobertura al correspondiente acto, si éste ha creado «una situación que el Derecho considera necesario proteger por exigirlo así un principio jurídico, ese acto será válido, y como tal tendrá garantizada su conservación por el Derecho»¹⁹⁴.

A nuestro juicio, sí que existe una influencia recíproca entre la validez de un reglamento y la de los actos y situaciones jurídicas surgidos de su aplicación.

El carácter *ex tunc* o *ex nunc* de la invalidez de una norma reglamentaria está en función de que un principio jurídico, fundamentalmente el de seguridad, exija con la suficiente intensidad la conservación y validez de ciertos efectos jurídicos que ha querido establecer dicha norma. Cuando la invalidez o, en su caso, la anulación tienen carácter *ex nunc*, «los efectos producidos con anterioridad a tal anulación se consideran válidos» y los actos dictados en aplicación del mismo deberán ser conservados¹⁹⁵. Pues bien, cuanto mayor sea la apariencia de validez y la eficacia real de una disposición reglamentaria, cuantos más actos se hayan dictado a su amparo, cuanto mayor sea la apariencia de validez de éstos, cuanto más tiempo haya transcurrido desde la emisión de los mismos, con mayor intensidad exigirá la seguridad jurídica la invalidez *ex nunc* de esa disposición.

La influencia también se da en el sentido contrario. Enjuiciar la validez de un acto como si la disposición inválida en cuya aplicación se dictó nunca hubiese existido supondría poner al Derecho de espaldas a la realidad, porque lo normal es que esta disposición haya producido efectos en el mundo de los hechos. A la hora de enjuiciar la validez de este acto, muy especialmente a la hora de precisar si el principio de seguridad exige la conservación del mismo, hay que valorar que la norma a cuyo amparo se dictó probablemente gozaba de una cierta apariencia de validez.

Supongamos que un reglamento que de válido sólo tiene la apariencia rebaja la cuantía de las multas con las que venían castigándose ciertas infracciones. Si hubiera que enjuiciar una de estas multas dictadas al amparo del reglamento aparentemente válido como si éste nunca hubiera existido, la Administración podría revisarla de oficio y sustituirla por una más grave, de acuerdo con la norma «revivida» que había sido «derogada» por aquél. Proceder de este modo supondría desconocer que dicho reglamento era válido para los ojos de los ciudadanos. Aquí se causaría una lesión a la seguridad jurídica equivalente a la que ocasiona la aplicación retroactiva de una disposición sancionadora desfavorable¹⁹⁶. Se produciría un «margen de indefensión proscrito a nivel constitucional y de legalidad ordinaria»¹⁹⁷. Por esta razón, debería aplicarse aquí el reglamento sancionador aparentemente válido, más favorable al ciudadano que la norma derogada por éste.

Caeteris paribus, el acto dictado en aplicación de una disposición reglamentaria aparentemente válida no merece el mismo trato que el dictado en aplicación de una carente de toda apariencia de validez. Así, por ejemplo, el

¹⁹³ Vid., entre otros, ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal...», cit., pp. 255 y ss.; BELADIEZ ROJO, Validez..., cit., p. 341; FALCÓN y TELLÁ, R., «La ley...», cit., p. 241; GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso...», cit., pp. 5 y ss.

¹⁹⁴ BELADIEZ ROJO, Validez..., cit., p. 333.

¹⁹⁵ Así lo reconoce BELADIEZ ROJO, Validez..., cit., p. 334.

¹⁹⁶ CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 274.

¹⁹⁷ Dicho con las palabras de las SSTs de 7-12-1989 (Ar. 9152) y 25-1-1990 (Ar. 410).

Tribunal Supremo ha distinguido entre las liquidaciones practicadas antes de la anulación de cierto reglamento, que «encontraban en [éste] una apariencia jurídica que les servía de cobertura y por razones de seguridad jurídica,..., sólo pueden,..., quedar privadas de efectos si hubieran sido impugnadas en los plazos legales, siendo en otro caso inatacables por haber adquirido firmeza», y las practicadas después, que «son nulas de pleno derecho y además pueden ser impugnadas sin sujeción a plazo, porque perdieron el único soporte jurídico que tenían quedando al descubierto su ilegalidad»¹⁹⁸.

c') Validez parcial de un reglamento y validez de algunos actos dictados en aplicación del mismo

Las normas jurídicas tienen un ámbito de validez material, personal, espacial y temporal¹⁹⁹. Es posible que una norma, en cualquiera de sus cuatro dimensiones, sea parcialmente inválida o, lo que es lo mismo, parcialmente válida. Así, un reglamento puede ser válido únicamente durante una porción del periodo de tiempo en el cual pretendía tener validez.

El principio de legalidad demanda la invalidez de la totalidad de una norma reglamentaria viciada, es decir, pide que todas las conductas humanas deban ser enjuiciadas como si dicha norma no hubiese existido. Pero otros principios jurídicos, especialmente el de seguridad, justifican en determinadas circunstancias la validez parcial del reglamento ilegal; fundamentan que ciertos actos y situaciones producidos durante un determinado periodo de tiempo deban ser juzgados de conformidad con lo dispuesto por aquél. En realidad, afirmar que un reglamento debe ser considerado inválido *ex nunc* por exigencias de la seguridad jurídica, es lo mismo que decir que algunas de las situaciones nacidas de la aplicación del reglamento deben considerarse válidas porque así lo justifica dicho principio. Se trata del mismo fenómeno contemplado desde dos perspectivas distintas.

Comprender el problema de la validez de los actos y situaciones surgidos en aplicación de una norma como un problema de validez parcial de ésta explica, por ejemplo, por qué el Tribunal Constitucional puede precisar el alcance de los efectos en el tiempo de la sentencia que anula una ley inconstitucional²⁰⁰, pronunciándose con carácter general acerca de la inciden-

cia que tiene la anulación sobre la validez de los actos y situaciones nacidos en aplicación de la ley, a pesar de que aparentemente el ordenamiento jurídico no le otorga esta competencia. Dicho Tribunal puede anular con efectos *ex nunc* una ley y realizar tales pronunciamientos porque le está permitido anular parcialmente las normas legales²⁰¹. Así mismo, los Tribunales Contencioso-administrativos pueden efectuar declaraciones semejantes al anular reglamentos, ya que pueden anularlos parcialmente²⁰². Anular con efectos *ex nunc* una norma es anularla en parte²⁰³. Y se anulan parcialmente las leyes inconstitucionales y los reglamentos ilegales cuando y porque son parcialmente inválidos.

La invalidez de un reglamento ilegal rara vez tendrá carácter *ex tunc*. Lo normal es que dicho reglamento sea válido y aplicable en al menos una parte del periodo de tiempo para el cual pretendía tener validez. Esta parte puede extenderse, incluso, hasta un momento posterior al de la publicación de la sentencia anulatoria²⁰⁴.

La medida en la que la seguridad jurídica justifica la validez —en este caso, de una parte— del contenido de un reglamento está en relación directamente proporcional con una serie de factores a los que ya hicimos referencia en otra sede: la apariencia de validez y la eficacia real que éste haya alcanzado, la gravedad y concreción con la que regule las conductas de los ciudadanos, etc.²⁰⁵. La fuerza con la que el principio de legalidad pide la invalidez *ex tunc* de una disposición reglamentaria ilegal está en función de la gravedad de sus vicios; gravedad que dependerá, básicamente, de la mayor o menor dignidad de los intereses protegidos por la norma infringida por esa disposición. Por consiguiente, el principio de legalidad no exigirá con la misma fuerza la invalidez *ex tunc* de un reglamento nulo que la de uno anulable.

Cierto sector de la doctrina sostiene que los actos administrativos nulos son inválidos *ex tunc* y los anulables, *ex nunc*, esto es, desde el momento en el que se los anula²⁰⁶. Pero, incluso uno de los autores que afirman la

¹⁹⁸ STS de 19-12-1997 (Ar. 519/1998). En sentido similar, *vid.* las SSTs de 7-2-1998 (Ar. 1368), 4-1-1999 (Ar. 52), 25-2-1999 (Ar. 1976) y 19-7-1999 (Ar. 6382). La STS de 24-4-1999 (Ar. 3589) dice que «los actos dictados al amparo de disposiciones declaradas nulas sólo merecen la calificación de nulos de pleno derecho si son posteriores a la declaración judicial de nulidad de aquéllas».

¹⁹⁹ *Vid.* Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 26 y 27.

²⁰⁰ En expresión de las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), y 195/1998, de 1 de octubre (FJ 5).

²⁰¹ Ello se deduce del art. 164.2 CE: «Salvo que en el fallo [de la sentencia anulatoria] se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad».

²⁰² *Vid.* el art. 71.1.a) LJ. En contra de esta posibilidad, PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos...*, cit., p. 246.

²⁰³ MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 11, m. 12 y ss., estima que la anulación de un acto administrativo puede limitarse a una parte del mismo; limitación que puede referirse al objeto material de la regulación o a su ámbito temporal de validez.

²⁰⁴ *Vid.* las citadas SSTC 195/1998, de 1 de octubre (FJ 5) y 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 8).

²⁰⁵ *Vid. supra*, VI.3.B).c).

²⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 370 y 375; ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 226 y 227; GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 446 y 447;

existencia de esta diferencia de régimen jurídico entre los actos nulos y anulables considera que la misma «es producto, únicamente, de la voluntad de la ley» y no una consecuencia necesaria de la distinta gravedad de los vicios de nulidad y de anulabilidad²⁰⁷. Esta última afirmación es discutible, puesto que, salvo error nuestro, el legislador español no se ha pronunciado al respecto. En ningún precepto se dice que los actos nulos deben ser considerados inválidos o ineficaces desde que se dictaron y los nulos únicamente a partir de su anulación.

Otros autores estiman que no existe una correlación entre nulidad e invalidez *ex tunc*, de una parte, y anulabilidad e invalidez *ex nunc*, de otra. Tanto en el caso de los actos nulos como en el de los anulables, la declaración de su invalidez ha de tener en principio efectos retroactivos o *ex tunc*, si bien esta retroactividad puede ser limitada cuando así lo exija algún principio, como el de seguridad o el de buena fe²⁰⁸. El que dicha correlación no es sostenible en nuestro Derecho lo evidencian algunos preceptos legislativos y decisiones judiciales. Así, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que «si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio» (art. 66.3). Por su parte, el Tribunal Supremo ha reconocido efectos *ex tunc* a la anulación de un acto administrativo anulable²⁰⁹.

En definitiva, ni los actos nulos son necesariamente inválidos *ex tunc*, ni los anulables siempre inválidos *ex nunc*. Ahora bien, ello no quiere decir que la circunstancia de que un acto padezca un vicio de nulidad o uno de anulabilidad sea absolutamente irrelevante a la hora de determinar el momento a partir del cual deban ser considerados válidos sus efectos jurídicos, como acaba por afirmar un sector de la doctrina²¹⁰. A nuestro juicio, esta circunstancia sí que importa.

GONZÁLEZ PÉREZ, en *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, pp. 1587 y 1590; VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, p. 180.

²⁰⁷ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375.

²⁰⁸ Vid. BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., p. 161 y en *Validez...*, cit., pp. 322 y 336 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., pp. 398 y 399; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Efectos...», cit., p. 244; REBOLLO PUIG, «Arts. 72 y 73», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. REDA*, 100, 1998, p. 530; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 184 y 185.

²⁰⁹ Vid. la STS de 20-3-1990 (Ar. 2243).

²¹⁰ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 322, que por esta razón elude «la vieja polémica de cuál ha de ser la calificación jurídica que merece la invalidez de los reglamentos» (p. 322, n. 5); GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 398; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Efectos...», cit., p. 244; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 185.

El principio de legalidad exige que las normas jurídicas sean consideradas inválidas desde el momento en el que infringen el ordenamiento jurídico y perjudican ciertos intereses protegidos por el Derecho —*ex tunc*—. Esta exigencia no es absoluta, sino que puede «ceder cuando exista algún principio jurídico que en ese caso concreto tenga un mayor peso que el de legalidad»²¹¹. Así, suele decirse que la regla general es la necesidad de borrar *ex tunc* los efectos de un acto inválido y la excepción, la eliminación de los mismos *ex nunc*²¹², y ello tanto si dicho acto es nulo como si es anulable.

Pues bien, si como ya se ha señalado, la justificación de que un acto siga un régimen de nulidad ha de buscarse en la extraordinaria gravedad de los vicios que padece, habrá que admitir que las probabilidades de que la regla general de la invalidez *ex tunc* no ceda ante la excepcional invalidez *ex nunc* son mayores en el caso de los actos nulos que en el de los anulables. Como el principio de legalidad «pesa» más cuando se trata de un vicio extraordinariamente grave —de nulidad— que cuando se trata de uno que no lo es tanto —de anulabilidad—, la probabilidad de que un principio jurídico distinto del de legalidad «pese» lo suficiente como para justificar la validez de algunos de los efectos jurídicos de un acto ilegal es mayor cuando dicho acto es anulable que cuando es nulo.

En cualquier caso, hay que señalar que el modo en el que estas exigencias de la seguridad y de la legalidad se combinan es una cuestión de estricto Derecho positivo. Es el resultado de una concreta decisión que intenta equilibrar ambos principios²¹³. Supone un determinado compromiso entre estos dos valores que aquí se hallan en una relación de tensión²¹⁴. La cuestión estriba en determinar cuál es la concreta solución que para cada caso se deduce de nuestro ordenamiento jurídico.

b) Principio de legalidad y validez de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación del reglamento inválido

Este principio pide la invalidez de todos los actos y situaciones que son ilegales a la luz del ordenamiento jurídico resultante de la eliminación con carácter *ex tunc* del reglamento inválido a cuyo amparo nacieron. Ahora bien, la intensidad con la que dicho principio plantea esta exigencia en un caso concreto estará, en función lógicamente de la gravedad de la infracción en que

²¹¹ BELADIEZ ROJO, «La nulidad...», cit., p. 161.

²¹² Así, por ejemplo, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 322; FALCÓN y TELLERÍA, R., «La ley...», cit., p. 241; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 399.

²¹³ Así lo apunta RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., p. 45.

²¹⁴ Así lo consideran, respecto del § 79 BVerfGG, entre otros, KNESER, «Der Einfluß der Nichtigkeitserklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen —§ 79 BVerfG—», *AöR*, 1964, p. 135; TRZASKALIK, «Zu den Folgen...», cit., p. 2255.

incurran tales actos y situaciones —de la gravedad con la que éstos lesionen ciertos intereses jurídicamente protegidos—.

La tesis que aquí se defiende es que la gravedad de la ilegalidad en la que incurren situaciones y actos jurídicos por haber nacido de la aplicación de un reglamento inválido viene determinada por la gravedad de los vicios que éste sufre. La aplicación de una disposición general aquejada de cierto vicio invalidante sólo representa una lesión para los intereses protegidos por la norma a la que tal disposición infringe, y no para otros. La mayoría de la doctrina española sigue una tesis distinta: la gravedad de la ilegalidad en la que incurren dichos actos y situaciones y, por consiguiente, la nulidad o anulabilidad de unos y otras, no está en función de los defectos en que incurre el reglamento que aplican, sino que se determina exclusivamente a la luz del ordenamiento jurídico aplicable una vez eliminado del mismo dicho reglamento. De esa forma, se trata de modo igual lo que merece un tratamiento muy distinto.

Por ejemplo, la aplicación de una ordenanza fiscal, legal en cuanto a su contenido, dictada por una Administración incompetente y elaborada prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido supondrá una lesión de los valores protegidos por la ley que otorgaba la competencia usurpada —v. gr., autonomía municipal—, y frustrará la consecución de las finalidades de las distintas normas de procedimiento incumplidas —legitimar democráticamente la ordenanza, respetar la dignidad de los destinatarios de la misma, asegurar el acierto de la norma—. Ahora pongamos que la misma disposición ha sido dictada por el órgano competente y elaborada con exquisito cumplimiento de todos los trámites previstos legalmente excepto el del dictamen de cierto órgano consultivo, que se ha omitido. El único interés jurídicamente protegido que aquí se lesiona es, presumiblemente, el acierto de la disposición. De haberse cumplido el trámite omitido, probablemente se hubiese tomado una disposición más acertada y oportuna que la finalmente adoptada; por lo tanto, los actos que se dicten en aplicación de la misma no serán presumiblemente los más convenientes para el interés público. Equiparar la gravedad de la ilegalidad en la que incurren los actos administrativos dictados en aplicación de una y otra disposición es, cuando menos, discutible y, sin embargo, eso es lo que sostiene un destacado sector de la doctrina española: los actos dictados al amparo de ambos reglamentos incurrirían en un vicio extraordinariamente grave, causante de la nulidad, por haber sido dictados sin cobertura normativa. Esta postura doctrinal conduce a considerar igual de grave la emisión de un acto dictado en aplicación de una ordenanza que únicamente padece un vicio de procedimiento, que la de un acto que no ha venido precedido de actividad alguna del órgano competente encaminada a dictar una ordenanza.

Hecha esta precisión, hay que señalar que la gravedad de la ilegalidad en la que incurren las situaciones y los actos jurídicos nacidos de la aplicación de

un reglamento inválido está en función de la mayor o menor dignidad de los intereses y valores protegidos por el Derecho que, en el caso concreto, resultan lesionados con dicha aplicación²¹⁵. Cuanto mayor es la dignidad que un ordenamiento jurídico atribuye a los valores lesionados por estos actos y situaciones, con mayor intensidad pedirá el principio de legalidad la invalidez de unos y otras.

Ello explica que el artículo 73 *in fine* de la LJ establezca que la anulación de un reglamento afectará a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado cuando esta anulación «supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente». Este precepto obedece a la extraordinaria gravedad que para los ciudadanos representa el ser sancionados penal o administrativamente y, en concreto, serlo injustamente en virtud de lo dispuesto en una norma inválida. Los intereses lesionados por dicha ilegalidad gozan de la máxima dignidad y protección, como lo prueba el hecho de que la Constitución española reconozca el derecho fundamental de las personas a no ser sancionadas sino por acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito, falta o infracción según la legislación vigente en aquel momento y a través de un procedimiento que reúna determinadas garantías (arts. 25.1 y 24.2). Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el artículo 40.1 LOTC —precepto «hermano» del 73 citado— tiene su fundamento en el artículo 25.1 CE «que impide entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional»²¹⁶. Recordemos que los actos administrativos que lesionan derechos fundamentales son nulos de pleno derecho (art. 62.1.a LPC). Aquí prima el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica. Este artículo 73 *in fine* suscita algunos problemas.

Aparentemente, este precepto resulta incongruente con lo dispuesto en el artículo 40.1 LOTC, cuyo tenor literal da a entender que sí cabe revisar las sentencias que hubiesen impuesto penas o sanciones ya ejecutadas completamente. Al respecto, algún autor ha llegado a decir que la regulación contenida en el artículo 73 LJ supone una «restricción arbitraria, prohibida por el artículo 14 de la Constitución»²¹⁷. A nosotros dicha regulación nos parece aceptable siempre y cuando se le dé la siguiente interpretación.

De un lado, la expresión «sanción no ejecutada completamente» debe entenderse en sentido amplio. La revisión procederá en la medida en que la resolución sancionadora siga produciendo todavía ciertas consecuencias

²¹⁵ Criterio apuntado por SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 298.

²¹⁶ STC 150/1997, de 29 de septiembre (FJ 5).

²¹⁷ SANTOS VILA, *El recurso...*, cit., p. 116, n. 120.

jurídicas desfavorables para el sancionado²¹⁸ como, por ejemplo: la posibilidad de apreciar la reincidencia en caso de cometer una nueva infracción²¹⁹; la prohibición de contratar con las Administraciones públicas²²⁰ o de ejercer ciertas profesiones —v. gr., de la abogacía²²¹—; y las restricciones a la hora de obtener determinadas autorizaciones —v. gr., para ejercer la actividad de armero²²²—. En estos casos la sanción no ha sido ejecutada totalmente, pues sigue produciendo efectos jurídicos desfavorables para el ciudadano. La seguridad no exige que perduren estos perjuicios que injustamente se le han ocasionado al sancionado como consecuencia de la aplicación de un reglamento inválido. Resulta difícil creer que alguien haya podido confiar en el mantenimiento de estas situaciones —que haya planificado su actividad futura movido por su confianza en la conservación de las mismas— y que dicha confianza sea digna de protección, o lo sea en grado suficiente como para impedir la revisión de unos actos que lesionan tan gravemente los derechos e intereses de los sancionados. También deberían poder ser revisadas las resoluciones firmes que impongan sanciones que lleven aparejadas un cierto reproche social —v. gr., sanciones disciplinarias o delitos²²³—. La seguridad jurídica no se opone a que desaparezca dicho reproche. Resulta significativo que nuestro Derecho permita, incluso, la revisión de sentencias penales firmes que hubiesen condenado injustamente a una persona que luego falleció²²⁴.

De otro lado, debe entenderse que el artículo 73 *in fine* LJ no excluye la posibilidad de revisar las resoluciones judiciales y administrativas firmes que hayan impuesto sanciones ejecutadas completamente cuando concurren los motivos establecidos a tal efecto en otras disposiciones legislativas. Así lo indica ya el tenor literal del precepto, que lo único que dice es que la anulación de un reglamento afectará *por sí misma* [es decir, en todo caso] a la eficacia de las resoluciones dictadas a su amparo cuando ello suponga excluir o reducir una sanción todavía no ejecutada completamente²²⁵. Este artículo no cierra, pues, las posibilidades de revisión extraordinaria de sentencias y actos

²¹⁸ La doctrina penalista llama a estas consecuencias del delito «efectos penales en sentido estricto»; *vid.* al respecto, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 1996, pp. 872 y 873.

²¹⁹ *Vid.* el art. 93.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (D 315/1964, de 7 de febrero).

²²⁰ *Vid.* el art. 20.a) LCAP.

²²¹ *Vid.* el art. 14.1 del Estatuto General de la Abogacía Española (RD 658/2001, de 22 de junio).

²²² *Vid.* el art. 10.2 del Reglamento de Armas (RD 137/1993, de 29 de enero).

²²³ Ello es lo que, según KNESER, «Der Einfluß...», cit., pp. 170 y ss., justifica la aplicación analógica del § 79.1 BVerfGG a las sanciones disciplinarias.

²²⁴ *Vid.* el art. 955 LECrim.

²²⁵ En sentido similar, PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos...*, cit., pp. 242 y ss.

administrativos contempladas en otros preceptos legislativos. Así, por ejemplo, podrán ser revisadas en cualquier momento las sanciones administrativas dictadas al amparo del reglamento anulado que incurran en una causa de nulidad de pleno derecho.

El segundo problema que plantea el artículo 73 LJ *in fine* es si también procede la revisión cuando la anulación de un reglamento pueda suponer la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente. Este problema se suscita, por ejemplo, cuando se anula un reglamento que regulaba ilegalmente el procedimiento administrativo sancionador —v. gr., el trámite de prueba—. De haberse seguido el procedimiento legalmente previsto, y no el fijado por el reglamento inválido, es posible que el ciudadano hubiese quedado sin sanción o con una menor de la que le fue impuesta, pero también cabe la posibilidad de que el resultado final hubiese sido el mismo.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado del problema, si bien en relación con el artículo 40.1 LOTC, y ha dado a entender que la revisión contemplada en este precepto sólo procede cuando lo que se anula es una ley «material», y no cuando se trata de una ley procesal, «adjetiva». Así, la STC 199/1987, de 16 de diciembre, afirma que la «declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad» de cierta norma procesal penal —que contemplaba una duración inconstitucional, por excesiva, de la prolongación de la detención gubernativa— «no permiten, a la luz del artículo 40.1 [mencionado]..., revisar procesos fenecidos ya que no se trata de una norma penal que imponga penas o defina responsabilidades, ni invalidan por sí mismas los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la fecha de la presente sentencia» (FJ 8). En sentido similar se pronuncian un par de Sentencias que anulan preceptos que permitían a un mismo Juez participar en la instrucción y resolución de un proceso penal: la anulación «no permitirá revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues no está en juego una reducción de la pena o una reducción de sanción administrativa o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad únicos supuestos en que, según el citado artículo [40.1] de la LOTC, la Sentencia tendría efectos sobre los procesos terminados por Sentencia firme»²²⁶.

En el Derecho alemán también se ha suscitado este problema y la mayoría de la doctrina considera que sí cabe la revisión²²⁷.

Ciertamente, estos supuestos no encajan en la letra del artículo 73 *in fine* LJ, que se refiere sólo al caso en el que la anulación del reglamento inválido

²²⁶ SSTC 145/1988, de 12 de julio (FJ 9), y 55/1990, de 28 de marzo (FJ 8).

²²⁷ *Vid.* KNESER, «Der Einfluß...», cit., pp. 148 y ss., si bien estima que sólo cabe la revisión cuando la decisión haya sido materialmente incorrecta (p. 157); MOENCH, *Verfassungswidriges...*, cit., p. 148, n. 26; PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, cit., § 183, p. 13.

suponga [y no simplemente *pueda suponer*] la exclusión o la reducción de las sanciones todavía no ejecutadas completamente. Ahora bien, debe repetirse aquí lo antes dicho: este precepto no cierra las posibilidades de revisión extraordinaria contempladas en otras disposiciones legislativas. Por ejemplo, cabe que la sanción dictada a través de un procedimiento inconstitucionalmente regulado por un reglamento incurra en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.a LPC, al lesionar un derecho susceptible de amparo constitucional, y pueda ser revisada en cualquier momento.

Nótese que los ciudadanos tienen un derecho fundamental a no ser sancionados si no es con observancia de ciertas garantías, algunas de índole «material» y otras de índole «formal». No sólo se vulnera este derecho susceptible de amparo cuando se infringen normas «materiales», relativas al contenido de la sanción, sino también cuando se violan normas «adjetivas», reguladoras del procedimiento sancionador. La Constitución española ha consagrado expresamente algunas garantías «formales» en su artículo 24.2 —v. gr., el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a la presunción de inocencia—²²⁸. Además, el Tribunal Constitucional ha señalado que limitar un derecho fundamental —v. gr., el derecho a la legalidad penal— mediante un acto administrativo carente de motivación —requisito de forma— lesiona ese derecho²²⁹. En suma, las sanciones dictadas a través de un procedimiento regulado reglamentariamente que no respeta tales garantías constitucionales son nulas de pleno derecho y pueden ser revisadas en cualquier momento. Por lo demás, resulta obvio que en estos casos la revisión no podrá dar lugar a penas o sanciones mayores que las impuestas inicialmente. El agravamiento supondría, de haberse iniciado el procedimiento de revisión a solicitud del sancionado, una *reformatio in peius* prohibida en nuestro Derecho (art. 113.3 LPC); y, de haberse iniciado de oficio, una lesión de la seguridad jurídica, como veremos en el siguiente apartado.

Por último, cabe hacer referencia a la cuestión de si procede, o no, la revisión contemplada en el artículo 73 cuando se ha condenado o sancionado a una persona en virtud de una *interpretación* de un reglamento que un Tribunal ha estimado contraria al ordenamiento jurídico. Recordemos que el legislador alemán declara expresamente que en estos supuestos cabe la revisión²³⁰.

La STC 150/1997, de 29 de septiembre, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema, si bien en relación con las leyes y el artículo 40.1 LOTC. En resoluciones anteriores, el Tribunal Constitucional había anulado varias sentencias que condenaron a algunos ciudadanos en virtud de una interpretación inconstitucional —por ser extensiva *in malam partem*— de cierto precepto penal²³¹. Uno de los condenados sobre la base de esta interpretación pidió la revisión de la sentencia firme condenatoria. Inadmitida la revisión, el actor recurrió en amparo contra el auto de inadmisión por entender que éste había interpretado restrictivamente el artículo 40.1 LOTC, lesionando de esa manera sus derechos fundamentales. La STC 150/1997 otorgó finalmente el amparo, pero no con fundamento en dicho precepto —aplicable, según esta STC, sólo a las sentencias estimatorias de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad—, sino en una interpretación sistemática y *pro actione* —atendida la dignidad del derecho fundamental a la legalidad penal— de los preceptos reguladores del recurso de revisión penal. Así, «con la incorporación del recurso de amparo a nuestro ordenamiento la expresión *hechos nuevos*,..., *que evidencien la inocencia del condenado* del artículo 954.4 LECrim²³², debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones como la aquí analizada, que sirven de *ratio decidendi* y que de modo claro y terminante rechazan por vulneradoras del artículo 25.1 CE determinadas interpretaciones de los preceptos sancionadores, evitando así interpretaciones en exceso rigurosas o formalistas de este motivo de revisión» (FJ 5). En definitiva, se llega al mismo resultado que hubiera producido la aplicación del artículo 40.1 citado: la revisión de la sentencia penal injusta.

Esta doctrina vale igualmente para las sanciones penales o administrativas firmes impuestas en virtud de la interpretación de un reglamento contraria al ordenamiento. El carácter —legal o reglamentario— de la norma cuya interpretación inconstitucional da lugar a la sanción injusta es indiferente. Lo que fundamenta la revisión de la sentencia o acto firmes es que se ha castigado a un ciudadano injustamente, en virtud de una interpretación lesiva del derecho fundamental a la legalidad penal.

²²⁸ Como señalan, por ejemplo, las SSTC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), 197/1995, de 21 de diciembre (FJ 7), y 14/1999, de 22 de febrero (FJ 3), dichas garantías se predicán del procedimiento administrativo sancionador «en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza».

²²⁹ Vid. las SSTC 175/1997, de 27 de octubre (FFJJ 4 y 5), y 188/1999, de 25 de octubre (FFJJ 5 y ss.). La STC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6), declara la «relevancia constitucional del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras».

²³⁰ Vid. el citado § 79.1 BVerfGG. En cambio, el § 183 VwGO no alude expresamente a dicho supuesto.

²³¹ El art. 321.1 CP de 14-9-1973, castigaba al «que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional». La STC 111/1993, de 25 de marzo, entre otras, entendió que el concepto «título oficial» sólo podía significar «título académico oficial», por lo que con arreglo a dicho precepto no podía castigarse el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

²³² El art. 954.4º LECrim dispone que «habrá lugar al recurso de revisión de las sentencias firmes,..., cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

c) Seguridad jurídica y validez de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación del reglamento inválido

Este principio justifica la validez de una de aquellas situaciones si en el caso concreto «pesa» más que el de legalidad. La intensidad con la que la seguridad jurídica pide la validez de la correspondiente situación depende de varios factores:

a') La apariencia de validez de las situaciones nacidas al amparo del reglamento inválido

Esta apariencia está en función de diversas circunstancias:

Así, de la apariencia de validez del reglamento al amparo del cual nace la situación de que se trate. Carece de una apariencia de validez digna de protección el reglamento que sufre vicios extraordinariamente groseros y evidentes —v. gr., falta de publicación— o aquel cuya anulación ya se ha publicado. De la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deduce que las situaciones jurídicas nacidas al amparo de un reglamento tal pueden ser anuladas aun después de haber alcanzado firmeza²³³.

El estado procesal en el que se encuentre la situación jurídica nacida al amparo del reglamento resulta decisivo:

Antes de que transcurran los plazos fijados para atacar una situación jurídica a través de los medios ordinarios de impugnación no puede saberse con certeza si dicha situación es conforme a Derecho. Cabe la posibilidad de que alguien interponga el correspondiente recurso contra la misma y obtenga su anulación. Es por ello que, en principio, la seguridad jurídica no tiene el suficiente «peso» como para exigir la validez de estas situaciones.

Lo mismo cabe decir cuando pende la resolución del procedimiento o del proceso de impugnación de estas situaciones. Durante el proceso o el procedimiento administrativo no se sabe con mayor certeza que antes del mismo si un acto o una situación se ajusta, o no, al ordenamiento jurídico. Es por esta razón que, en principio, no es digna de protección la confianza en la validez y conservación de una situación jurídica cuya impugnación esta todavía pendiente de resolución en vía administrativa o jurisdiccional.

El caso es distinto cuando ya no pueden utilizarse los recursos ordinarios contra las situaciones y los actos nacidos de la aplicación del reglamento. La

adquisición de firmeza de un acto jurídico determina un aumento de la certeza acerca de la estabilidad y validez del mismo. Puede confiarse en que las situaciones jurídicas creadas por este acto ya no van a ser destruidas sino a través de medios extraordinarios de revisión, que sólo proceden por determinados motivos tasados por el ordenamiento jurídico para supuestos en los que las exigencias del principio de legalidad —de justicia, se dice a veces²³⁴— son extraordinariamente intensas. Aquí, no obstante, hay que distinguir, pues la estabilidad de una sentencia firme es mayor que la de un acto administrativo firme. Ello es lógico, pues las garantías de legalidad y acierto que ofrecen el proceso y la independencia de Jueces y Tribunales son mayores que las que proporciona el procedimiento administrativo y el hecho de que la Administración sea «sujeto decisor y parte»²³⁵.

El primer inciso del artículo 73 LJ dice 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». Podría pensarse que este precepto dispone que las sentencias y actos firmes que menciona deben ser conservados y no pueden ser revisados. No creemos que ésta sea una interpretación acertada del mismo, como lo revela claramente la expresión «por sí mismas». En realidad, este primer inciso del artículo 73 no se pronuncia sobre la conservación y validez de los actos y sentencias firmes dictados en aplicación de un reglamento anulado. Lo único que dice es que dicha anulación por sí sola no hace susceptibles de ser revisados a los actos y sentencias firmes que aplicaron el reglamento anulado, pero tampoco descarta que dicha revisión sea procedente cuando se den las circunstancias pertinentes.

A nuestro juicio, las situaciones jurídicas amparadas en una sentencia firme no pueden ser revisadas por la circunstancia de que ésta aplicó indebidamente un reglamento inválido, pues ello no constituye un motivo de los que dan lugar al recurso extraordinario de revisión²³⁶, salvo que se trate de uno de los supuestos contemplados en el artículo 73 *in fine* de la LJ a los que se hizo referencia anteriormente. El que nuestro Derecho prescriba la misma solución para un supuesto análogo, como es el de la anulación de las leyes inconstitucionales²³⁷, apoya dicha conclusión.

²³³ Vid. las SSTs de 24-4-1999 (Ar. 3589), 9-12-1996 (Ar. 9115), que anula una providencia de apremio dictada en ejecución de una liquidación nula por haberse practicado con posterioridad a la anulación del reglamento que le servía de cobertura, 19-12-1997 (Ar. 519/1998), 7-2-1998 (Ar. 1368), 4-1-1999 (Ar. 52), 25-2-1999 (Ar. 1976) y 19-7-1999 (Ar. 6382).

²³⁴ Vid. la STC 124/1984, de 18 de diciembre (FJ 6), que dice que la existencia del recurso extraordinario de revisión penal «es un imperativo de la justicia».

²³⁵ En sentido similar, MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 11, m. 3. En alemán se utilizan expresiones diferentes para referirse al valor jurídico de las sentencias firmes (*Rechtskraft*) y al de los actos administrativos firmes (*Bestandskraft*).

²³⁶ Vid. los arts. 102.1 LJ y 510 LEC.

²³⁷ Vid. los arts. 161.1.a) CE y 40.1 LOTC. En la doctrina, esta opinión es pacífica; vid. ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal...», cit., p. 263; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 343; CLIMENT BARBERA, «La inconstitucionalidad...», cit., pp. 269 y 270.

Otra cosa sucede en el caso de los actos administrativos firmes, pues éstos siempre pueden ser revisados de oficio o a instancia de parte cuando incurrir en una causa de nulidad (art. 102 LPC), esto es, en un vicio extraordinariamente grave. En estos supuestos prima el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica. Así, por ejemplo, el acto que ha sido dictado en aplicación del reglamento inválido y que, como consecuencia de ello, lesiona un derecho fundamental merece ser considerado nulo²³⁸. Aquí volvemos a insistir; no hay que juzgar la validez o invalidez, nulidad o anulabilidad, de las situaciones nacidas de la aplicación de un reglamento como si éste jamás hubiese existido. Por el contrario, conviene tener siempre presente cuáles son los intereses jurídicos realmente lesionados por la aplicación del reglamento inválido y la gravedad de la lesión. Los preceptos que regulan las causas de nulidad han de interpretarse teleológicamente, teniendo en cuenta que es la gravedad de ciertas ilegalidades la que hace que los actos que las padecen sean nulos²³⁹.

A modo de ejemplo, pongamos que un reglamento inválido otorga a un sujeto una competencia que antes no tenía. Según cierta tesis, ya expuesta, habría que enjuiciar la validez de los actos dictados en ejercicio de esa competencia como si aquel reglamento nunca hubiese existido. Por consiguiente, dichos actos incurrirían en nulidad por haber sido dictados por órgano «manifiestamente incompetente» (art. 62.1.b LPC).

A nuestro juicio, debería tenerse muy en cuenta la gravedad que en el caso concreto tiene la aplicación del reglamento. La emisión de un acto efectuada por un órgano competente según lo dispuesto en un reglamento elaborado sin un informe preceptivo no es tan grave como la emanación de un acto por parte de un órgano al que ni siquiera una norma aparentemente inválida le otorga la potestad de dictarlo. Además, el peso de la seguridad jurídica es mayor en el primer caso que en el segundo, puesto que aquel acto ha sido dictado bajo el amparo de una norma aparentemente válida, mientras que el segundo no goza siquiera de esta cobertura. En nuestra opinión, el acto dictado por un órgano al que una norma aparentemente válida —v. gr., que sólo padece un defecto de procedimiento— otorgaba competencia para emanarlo no es un acto dictado por un órgano *manifiestamente* incompetente. En el mismo sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo²⁴⁰ como el Consejo de Estado²⁴¹.

Los actos y situaciones firmes nacidos de la aplicación de un reglamento inválido también pueden ser revisados y anulados cuando concurren las circunstancias contempladas en el artículo 110.1 LJ, que dice que

«en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias

a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.

b) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.

c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso...».

Dicha solicitud ha de dirigirse a la Administración y, en caso de denegación, el interesado puede reiterarla ante el Juez encargado de la ejecución de la sentencia cuyos efectos se extienden, que resolverá después de seguir los trámites establecidos para los incidentes, sin que haya lugar a la celebración de la vista²⁴².

La finalidad de este precepto es «ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa»²⁴³. Es frecuente que la aplicación de actos administrativos dirigidos a una pluralidad de destinatarios —v. gr., un reglamento— sea objeto de una multitud de recursos, más o menos idénticos. El artículo 110.1 pretende evitar estos recursos masivos, y descongestionar así la saturada Jurisdicción Contencioso-administrativa, permitiendo que los ciudadanos que se encuentran en una determinada situación jurídica se aprovechen del resultado obtenido en otro proceso por una persona que se hallaba en la misma situación. Éstos ya no se verán en la necesidad de iniciar el correspondiente proceso «ordinario» para ver tutelados sus derechos. Además, dicha extensión sirve a la igualdad de todas las personas afectadas de la misma manera por el correspondiente acto.

La clave del citado precepto es precisar cuándo los interesados «se encuentran en idéntica situación jurídica que los favorecidos» por la sentencia cuya eficacia se trata de extender. Evidentemente, no existe tal identidad cuando los solicitantes de la extensión ya recurrieron en su momento contra la aplicación del reglamento y vieron desestimadas sus pretensiones por sentencia firme. Por ello, «el incidente se desestimará en todo caso, cuando existiera cosa juzgada» (art. 110.5 LJ). El problema se plantea respecto de los actos administrativos firmes dictados al amparo del reglamento inválido. Tanto la *voluntas legislatoris*, deducida de los precedentes parlamentarios del artículo 110.1 LJ, como la *voluntas legis*, la *ratio* de este precepto, imponen

²³⁸ Vid. el art. 62.1.a) LPC y JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, cit., *in toto*.

²³⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina...*, cit., pp. 209 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 271 y ss.

²⁴⁰ Vid. las SSTs de 2-10-1999 (Ar. 1037/2000), 23-10-1999 (Ar. 1038/2000), 25-11-1999 (Ar. 8659), 3-12-1999 (Ar. 1039/2000), 13-1-2000 (Ar. 41) y 17-1-2000 (Ar. 257).

²⁴¹ DCE de 30-1-1997 (RDL 49).

²⁴² Vid. los aps. 2-4 del art. 110 LJ y MARTÍN CONTRERAS, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria y de personal*, 2000; PÉREZ ANDRÉS, *Los efectos...*, cit., pp. 248 y ss.

²⁴³ Ap. VI de la EM de la LJ.

que dicha firmeza no sea en principio obstáculo a la extensión²⁴⁴. El Proyecto de LJ de 1997 requería para que la misma fuese posible «que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma»²⁴⁵. Pero dicho requisito fue suprimido con el fin de evitar situaciones de desigualdad entre los ciudadanos agraviados²⁴⁶. Además, el mantenimiento de este requisito «desnaturalizaba por completo la finalidad y razón de ser de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia»²⁴⁷, pues obligaba a todos los ciudadanos que quisiesen aprovecharse de los efectos de la sentencia a interponer los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Dicha extensión perdía su principal sentido: evitar los recursos en masa.

Ahora bien, conviene precisar. No todos los actos y situaciones firmes derivadas de la aplicación de un reglamento pueden ser alcanzados por la extensión de los efectos jurídicos de la sentencia que anula un acto dictado en aplicación de esa misma norma reglamentaria. Lo decisivo es que el solicitante de la extensión y el ciudadano que obtuvo la sentencia favorable se encontraran en la misma situación jurídica en el momento en el que éste último reclamó el reconocimiento de la suya. En cambio, y como señala GONZÁLEZ PÉREZ, no «se exige que en el momento de pedir la ampliación de efectos no hubiese prescrito el derecho subjetivo que se pretende sea reconocido para la extensión de efectos de la sentencia»²⁴⁸. Y ello porque la idea inspiradora del artículo 110.1 es que la reclamación de un derecho o interés legítimo, en materia tributaria o de personal, aprovecha a todas las personas que en el momento de la reclamación se hallan en la misma situación que el

²⁴⁴ En sentido similar, ALONSO MAS, «La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo», *CDPúbl*, 6, 1999, p. 102; FABRA VALLS, «La extensión de los efectos de las sentencias firmes en materia tributaria», *Tribuna Fiscal*, 111, 2000, pp. 67 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. II, p. 1864; LÓPEZ BENÍTEZ, «Art. 110», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, 100, 1998, p. 789. En contra, DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, «Algunas reflexiones sobre los problemas planteados por el art. 110 de la LJCA de 13 de julio de 1998», *CT*, 90, 1999, pp. 60 y ss.

²⁴⁵ Art. 105.1.c) PLJ de 1997.

²⁴⁶ Vid. la enmienda 138 presentada en el Congreso por Izquierda Unida (BOCG, 24-11-1997, Serie A, 70-8) y las intervenciones de CASTELLANO CARDALLIAGUET y DEL BURGO TAJADURA en el Debate de la Comisión de Justicia e interior, Sesión de 11-3-1998 (Diario de Sesiones, 403).

²⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. II, p. 1864.

²⁴⁸ «Sin duda por estimarse que el proceso incoado por aquellos que se encontraban en situación idéntica había supuesto una interrupción de los plazos de prescripción» (GONZÁLEZ PÉREZ, *ibidem*).

reclamante, enervando también respecto de esas personas los correspondientes plazos de caducidad o de prescripción.

Así, en nuestra opinión, no se hallan en idéntica situación, a efectos de lo dispuesto en aquel precepto, la persona que impugnó una liquidación tributaria no firme dictada al amparo de un reglamento inválido y aquella otra que, en el momento de producirse dicha impugnación, había dejado ya transcurrir los plazos al respecto. Imaginemos que una ordenanza fiscal se aplica durante lustros sin que nadie cuestione su ilegalidad, hasta que un buen día el ciudadano X recurre una liquidación tributaria dictada al amparo de aquella norma reglamentaria y obtiene en virtud de sentencia firme la devolución de lo indebidamente pagado. Los efectos de esta sentencia pueden aprovechar a todos los contribuyentes que en el momento en el que X atacó su liquidación se habían visto afectados por liquidaciones similares todavía no firmes, así como a los contribuyentes a los que posteriormente se les aplicó dicha ordenanza. Esta extensión resulta razonablemente soportable por el principio de seguridad jurídica, porque, a la vista del citado artículo 110.1, la Administración puede y debe tener presente que la impugnación de aquel acto tributario impide que se cierren los plazos aún abiertos para reclamar contra actos similares. La Administración sabe a qué atenerse. En cambio, extender los efectos de aquella sentencia a las situaciones decididas por actos que adquirieron firmeza antes de que X cuestionara por primera vez la legalidad de aquella ordenanza supondría una *reapertura de plazos cerrados* que nos parece incompatible con dicho principio jurídico.

b) El contenido de las situaciones nacidas de la aplicación del reglamento inválido

La confianza depositada en una situación jurídica merecerá tanta más protección no sólo cuanto mayor sea su apariencia de validez, sino también cuanto más graves sean los perjuicios —medidos en términos cuantitativos y cualitativos— que ocasione el defraudar esa confianza.

Así, la protección será máxima cuando dichos perjuicios consistan en sancionar conductas en cuya legalidad se confiaba o en sancionarlas con mayor gravedad de lo que resultaba de aplicar el reglamento aparentemente válido. Y ello por las mismas razones que justifican la existencia del derecho fundamental de los ciudadanos a no ser sancionados en virtud de una norma sancionadora desfavorable retroactiva (art. 25.1 CE). Resultaría inconstitucional agravar la situación de los ciudadanos condenándoles por acciones u omisiones que al tiempo de producirse no eran constitutivas de infracción según lo dispuesto en una norma jurídica aparentemente válida.

Lo mismo cabe decir respecto de otras disposiciones reglamentarias. El principio de seguridad jurídica también justifica la conservación de las conductas y situaciones producidas al amparo de un reglamento aparentemente válido

cuando la eliminación de éste suponga agravar la situación de los ciudadanos. Es el caso en el que una ordenanza fiscal aparentemente válida sea más favorable para los contribuyentes que la norma aplicable una vez expulsada del ordenamiento jurídico dicha ordenanza. La aplicación de esta norma produciría a los contribuyentes un sorpresivo perjuicio económico y lesionaría su confianza. La conservación de estas situaciones, o lo que es lo mismo, la «ultractividad» del reglamento inválido, perjudica a la Administración, que deja de obtener unos ingresos que le corresponden en aplicación estricta del principio de legalidad, pero hay que tener en cuenta que se trata de unos ingresos con los que dicha Administración probablemente no contaba, dada la apariencia de validez del correspondiente reglamento. Es más, lo normal es que sea la propia Administración beneficiaria de esos eventuales ingresos la que con la emisión del reglamento inválido o con su aplicación haya contribuido decisivamente a que éste aparezca como válido y a que los ciudadanos confíen en dicha apariencia. Resultaría contrario a la buena fe²⁴⁹ que la Administración se aprovechara de su propia torpeza en perjuicio de los ciudadanos cuya confianza ella misma ha generado y, luego, defraudado.

Cuando la invalidez del reglamento ilegal y de las situaciones nacidas a su amparo favorece a ciertos ciudadanos y perjudica a otros, el principio de seguridad jurídica no tiene, a nuestro juicio, el suficiente peso como para justificar en todo caso la conservación de estas situaciones. Los ciudadanos deben tener alguna oportunidad de defenderse y reaccionar contra las situaciones ilegales creadas al amparo de un reglamento que lesiona sus intereses legítimos. Para juzgar la validez de esas situaciones resultan decisivos otros criterios a los que ya hemos hecho referencia, como su firmeza, la gravedad de su ilegalidad, etc.

3. TÉCNICAS QUE INSTRUMENTAN LA INEFICACIA DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

Las categorías de la validez y de la invalidez pertenecen al mundo del deber. Lo que expresa una norma válida debe ser hecho, mientras que no hay un deber jurídico de actuar de conformidad con lo que dispone una norma inválida. En cambio, los conceptos eficacia e ineficacia aluden al plano del ser. Por ello, una norma válida puede ser ineficaz en el terreno de los hechos, y una inválida, eficaz. «El acto inválido no es, por sí, ineficaz»²⁵⁰. Sin embargo, el

Derecho persigue que los actos jurídicos válidos sean eficaces y que los inválidos sean ineficaces; que los hombres ajusten sus conductas a las normas válidas y no a las inválidas. Recordemos que la función del ordenamiento jurídico consiste en «obtener [efectivamente] un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales, ..., socialmente, ..., y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles»²⁵¹. Hay dos técnicas que hacen que una norma jurídica inválida sea ineficaz: su inaplicación y su anulación. Puede decirse que ambas instrumentan la ineficacia de las disposiciones generales inválidas.

A) La inaplicación del reglamento inválido

a) Concepto

Inaplicar una norma jurídica consiste, sencillamente, en prescindir de la misma para la resolución de un supuesto en el que tenía vocación de ser aplicada. Se resuelve el supuesto sin observar la norma en cuestión²⁵². Cuando un sujeto inaplica una disposición inválida, actúa en un caso concreto de modo disconforme con lo dispuesto en ella.

Quien inaplica una disposición reglamentaria no queda obligado, en principio, a actuar del mismo modo en el futuro, y esta actuación tampoco vincula a otros sujetos. Como mucho, la inaplicación tiene el valor vinculante que en cada ordenamiento jurídico se conceda al precedente. Por eso se dice que en nuestro Derecho «la inaplicación tiene un mero efecto *inter partes*»²⁵³.

El término inaplicación nos parece el más adecuado para designar a esta figura y, además, su uso goza de una larga tradición en el lenguaje jurídico español. Ya hemos dado nuestra opinión acerca de la expresión «recurso indirecto» contra reglamentos, que tanta fortuna ha hecho. Puede añadirse que esta denominación resulta tan desacertada como llamar «recurso indirecto contra costumbre» a la impugnación de un acto que ha dado aplicación a una norma consuetudinaria ilegal, o «recurso indirecto contra ley», a la impugnación de un acto dictado al amparo de una ley inconstitucional.

Algunos autores utilizan la expresión «excepción de ilegalidad» para referirse a esta técnica²⁵⁴, expresión que recuerda los supuestos respecto de

²⁵¹ KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 38.

²⁵² PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt», *AöR*, 101, 1976, p. 378.

²⁵³ DIEZ-PICAZO, L. M.³, «Anulación...», cit., p. 484. En sentido similar, GIERKE, «Die Behandlung...», cit., p. 62.

²⁵⁴ GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, pp. 246 y 247; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, pp. 675 y ss.

²⁴⁹ Según la EM de la Ley 4/1999, «principio de actuación» de las Administraciones públicas derivado del de seguridad jurídica. *Vid.*, al respecto, CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., pp. 255 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 1998.

²⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 163.

los cuales empieza a admitirse en Francia la inaplicación de los reglamentos ilegales; el ciudadano alegaba ante el Tribunal que no debía ser condenado por la infracción de una disposición reglamentaria ilegal. Tampoco nos parece muy acertada aquí emplear la palabra «excepción» con la en nuestra legislación se designa «todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado»²⁵⁵, porque es indiferente que el demandado alegue o no la invalidez del reglamento a los efectos de que el Tribunal lo inaplique. Es más, lo normal tratándose del proceso contencioso-administrativo es que sea el demandante el que, al impugnar un acto administrativo, alegue la invalidez de la disposición reglamentaria aplicada por dicho acto.

Entre la doctrina alemana también se utiliza el término «rechazo incidental» para designar «la inaplicación debida a una presunta incompatibilidad con normas de rango superior de una norma jurídica pertinente en sí misma para adoptar una decisión»²⁵⁶. Prescindimos de esta expresión por carecer de tradición en nuestro lenguaje jurídico.

b) Vicios determinantes de la inaplicación

La inaplicación de reglamentos inválidos no publicados o defectuosamente publicados, viciados de incompetencia o ilegales en cuanto a su contenido —vicios todos ellos determinantes de la nulidad— se admite desde antiguo²⁵⁷. Los problemas se plantean en relación con los vicios de forma —excepto aquellos relativos a la publicación— y, sobre todo, con los de procedimiento. Recordemos que la jurisprudencia considera que estos últimos vicios no son alegables en el llamado «recurso indirecto» o, lo que es lo mismo, que las disposiciones reglamentarias que los sufren no pueden ser inaplicadas a la hora de enjuiciar los actos dictados al amparo de las mismas²⁵⁸.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo basa esta doctrina en la circunstancia de que las ilegalidades «formales» de los reglamentos sólo determinan su nulidad cuando encajan en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos para los actos administrativos²⁵⁹. En los restantes casos, y si dejamos aparte los supuestos de irregularidades no invalidantes, dichos vicios dan lugar a la anulabilidad y, «al subsanarse por el transcurso de los plazos normales de impugnación, sólo pueden ser aducidos al atacar directamente la disposición reglamentaria en cuestión»²⁶⁰.

De acuerdo con el razonamiento que está en la base de esta jurisprudencia, los vicios del procedimiento de elaboración de un reglamento que dan lugar a su nulidad, deberían poder ser alegados en el «recurso indirecto». Dicho de otra manera, el reglamento inválido que sufre un vicio de procedimiento causante de nulidad puede y debe ser inaplicado. La justificación es clara: el reglamento aquejado de estos vicios extraordinariamente graves no deja de ser inválido por el mero transcurso del escaso plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su publicación oficial.

Esta jurisprudencia plantea también otro interrogante: el de si los reglamentos anulables son aplicables cuando todavía no han transcurrido esos dos meses. La cuestión tiene más interés dogmático que práctico, puesto que es sumamente difícil que, en el corto plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación del reglamento, la Administración dicte un acto en aplicación del mismo, los ciudadanos recurran ese acto y los Tribunales, todavía dentro de dicho plazo, tengan que resolver dicha impugnación.

A nuestro juicio, y de acuerdo con los principios que fundamentan la referida jurisprudencia de la imposibilidad de alegar los vicios de procedimiento en el «recurso indirecto», el reglamento que sufre un vicio de anulabilidad puede y debe ser inaplicado siempre que no hayan transcurrido dos meses desde el día siguiente al de su publicación. Mientras no expire ese plazo, el reglamento anulable es inválido, y un reglamento inválido no debe ser aplicado por definición. Sólo cuando ya han pasado los dos meses sin que nadie haya interpuesto un recurso «directo» contra el mismo, y en virtud del principio de seguridad jurídica, adquirirá validez el reglamento anulable.

Podría pensarse que la presunción de validez de la que, según el legislador español, gozan todos los actos administrativos supone que los reglamentos anulables deben ser aplicados mientras no se los haya anulado. En otro lugar, hemos intentado poner de relieve que esta tesis nos parece rechazable. De todos modos, aun en el caso de admitir la existencia de una presunción tal, habrá que admitir que se trata de una presunción *iuris tantum*²⁶¹ que, cuando menos, los Tribunales pueden destruir²⁶². A nuestro juicio, si un Tribunal, después de enjuiciar en vía incidental un reglamento, comprueba que éste, en contra de lo que se presumía, es inválido, deberá inaplicarlo.

²⁵⁵ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. II, p. 206.

²⁵⁶ PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 377.

²⁵⁷ *Vid. supra*, II.2.B).c).b').

²⁵⁸ *Vid. supra*, II.2.B).c).b').

²⁵⁹ *Vid.*, por todas, la STS de 24-3-1987 (Ar. 3805).

²⁶⁰ STS de 5-4-1974 (Ar. 1781).

²⁶¹ Así, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 66 y 67, 323 y 324; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 568; HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 58 y ss.

²⁶² Según BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 513, «la Constitución quiere..., que únicamente los Tribunales decidan si la presunción de legalidad del acto administrativo es verdadera o falsa».

c) Sujetos competentes para inaplicar

Los reglamentos inválidos pueden y deben ser inaplicados por cualquier sujeto²⁶³. No existe por definición un deber de ajustar la conducta a una norma inválida. Que el mandato contenido en el artículo 6º LOPJ se dirige a cualesquiera Tribunales queda fuera de duda. Tampoco los ciudadanos tienen obligación de actuar de conformidad con un reglamento inválido. Por esta razón, no se les puede sancionar por incumplir lo dispuesto en él²⁶⁴. Como ha dicho el Tribunal Supremo, «es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simple infracción administrativa, el que el mandato desacatado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad,..., sin que,..., sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la orden o mandato desobedecido, pues ésta a todas luces puede hacerse indirectamente, con ocasión de la impugnación del acto por el que la supuesta desobediencia haya sido sancionada, máxime cuando aquélla o aquél tengan un carácter general»²⁶⁵. Se suscita la duda de si las Administraciones públicas y el personal integrado en su organización también deben inaplicar los reglamentos inválidos²⁶⁶.

Las Administraciones públicas están obligadas a actuar con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). Deben ajustar su actividad a las normas jurídicas válidas y no a las inválidas. Por lo tanto, no sólo pueden sino que deben dictar sus actos prescindiendo de lo dispuesto en los reglamentos inválidos, que en tanto que inválidos no forman parte del ordenamiento jurídico²⁶⁷. La existencia de este deber se muestra con especial claridad cuando el reglamento es inválido por padecer un vicio de contenido, por contradecir una norma de rango superior. Como en este caso no resulta posible dar efecto simultáneamente a las dos normas, en virtud del principio

²⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 14.

²⁶⁴ Vid., por ejemplo, la STC 42/1987, de 7 de abril, (esp. FJ 4); las SSTs de 30-4-1973 (Ar. 1893), 23-9-1992 (Ar. 7006), 28-1-1987 (Ar. 165). La de 12-5-1992 (Ar. 3498) pertenece a una larga serie de SSTs que anularon sanciones impuestas por la no tenencia de cierto libro contemplado en una disposición no publicada.

²⁶⁵ SSTs de 6-2-1991 (Ar. 776) y 7-9-1991 (Ar. 6811). Cfr. JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, 1997, pp. 103 y ss.

²⁶⁶ Como señalan BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., p. 44; BAUMEISTER y RUTHIG, «Staatshaftung wegen Vollzugs nichtiger Normen», *JZ*, 1999, pp. 118 y ss.; OSSENBUHL, «Normenkontrolle...», cit., p. 400, conviene distinguir estos dos planos a la hora de abordar el problema.

²⁶⁷ Esta es la premisa fundamental de la que parten BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., p. 41; GIERKE, «Die Behandlung...», cit., p. 18; KOPP, «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden», *DVBt*, 1983, pp. 821-829, pp. 823 y 824, para afirmar la competencia de la Administración para inaplicar normas inválidas.

de jerarquía normativa debe preferirse la aplicación de la de mayor valor y, correlativamente, la inaplicación de la inferior.

Ahora bien, como ha señalado PIETZCKER, la Constitución impone aquí simplemente un resultado —que los reglamentos inválidos no sean aplicados— pero no dice nada de la competencia para inaplicarlos²⁶⁸. Una cosa es que las normas inválidas deban ser inaplicadas y otra bien distinta es quién puede decidir la inaplicación y a través de qué procedimiento debe producirse la misma. Veamos por qué la Administración puede y debe inaplicar por su propia autoridad los reglamentos que considere inválidos.

Por de pronto, esta posibilidad es compatible con lo dispuesto en el artículo 52.2 LPC: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general»²⁶⁹. La llamada inderogabilidad singular de los reglamentos no es más que una manifestación del principio de legalidad, del sometimiento de la actividad administrativa al Derecho: la Administración, en cuanto que está sometida al ordenamiento jurídico, del que forman parte las normas reglamentarias, no puede desconocer en un caso concreto lo dispuesto en ellas²⁷⁰. Pues bien, lo que demanda este principio es, precisamente, la inaplicación de los reglamentos inválidos, que, en verdad, no forman parte del ordenamiento. En este sentido, la STS de 29 de noviembre de 1989 (Ar. 8125) declaró ajustada a Derecho la liquidación practicada por un Ayuntamiento al amparo de un reglamento estatal, pero en contra de lo dispuesto en una ordenanza municipal. Según esta Sentencia, la jerarquía normativa, el sometimiento de todos los poderes públicos, y en concreto de la Administración, al Derecho, el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, el sometimiento de los órganos jurisdiccionales únicamente al imperio de la ley y su deber de inaplicar las disposiciones administrativas ilegales (arts. 9, 103.1, 106.1 y 117.1 CE y 6º LOPJ) exigían que tanto los Tribunales como la Administración resolvieran la antinomia aplicando el reglamento estatal e inaplicando la ordenanza.

Hay quien ha dicho que la inaplicación administrativa de un reglamento crea inseguridad jurídica²⁷¹. Lo que conviene a la certeza del Derecho es que se aclare con prontitud, efectos generales y suficiente publicidad la validez o invalidez del mismo. Por lo tanto, antes de ser inaplicados, los reglamentos

²⁶⁸ PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 382.

²⁶⁹ VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, 1995, pp. 525 y 526, pues «esta obligación sólo puede predicarse con respecto a los reglamentos legales».

²⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *RAP*, 27, 1958, pp. 76 y ss.

²⁷¹ JUNG, «Gemeindliche Verwerfungsbefugnis bei rechtsverbindlichen Bebauungsplänen außerhalb des Verfahrens nach § 2.VI BBauG», *NVwZ*, 1985, p. 792; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 54 y ss., 58 y 61.

inválidos deberían ser anulados²⁷², bien por los Tribunales, bien por la Administración que los dictó. Indudablemente, la seguridad pide que se anulen cuanto antes tales normas, pero no impone que primero tenga que ser la anulación y luego la inaplicación. El funcionamiento de la cuestión de ilegalidad constituye buena prueba de ello. Como la simple inaplicación judicial de los reglamentos no seguida de su anulación produce inseguridad y cierto riesgo de que se emitan sentencias contradictorias²⁷³, el legislador dispone que se planteará una cuestión de ilegalidad encaminada a anularlos. Lo que aquí interesa resaltar es que la cuestión se formula cuando ya se ha inaplicado el reglamento; primero se inaplica, después se anula. Algo parecido sucede con la llamada autocuestión de inconstitucionalidad: primero, la Sala del Tribunal Constitucional que conoce de un recurso de amparo inaplica la ley inconstitucional; luego, eleva la cuestión al Pleno para que éste decida sobre su anulación²⁷⁴.

Si la seguridad jurídica no se opone a que en el proceso se produzca primero la inaplicación y luego la anulación, mucho menos en el ámbito administrativo. Nótese que la probabilidad de que los órganos administrativos se contradigan entre sí al examinar incidentalmente la validez de un reglamento es menor que en el caso de los órganos jurisdiccionales, ya que aquéllos pueden imponer a sus inferiores jerárquicos una determinada interpretación y aplicación de una norma jurídica (art. 21.1 LPC), mientras que ello no es posible cuando se trata de Jueces y Magistrados (art. 12.2 LOPJ).

Se ha dicho que la inaplicación de un reglamento que no ha sido anulado puede lesionar la confianza legítima depositada en el mismo²⁷⁵. Sin embargo, creemos que aquí se confunde ilegalidad con invalidez. Ciertamente, en determinados supuestos debe aplicarse una norma ilegal con la finalidad de salvaguardar dicha confianza. Pensemos en un reglamento viciado en su procedimiento y aparentemente válido que deroga otro anterior que castigaba como infracciones administrativas ciertos comportamientos. Aquí habría que aplicar el reglamento ilegal y, por lo tanto, inaplicar el derogado respecto de las conductas realizadas antes de la publicación de la sentencia que anula el reglamento derogatorio, momento a partir del cual éste pierde su aparien-

²⁷² SCHMIEMANN, «Behandlung...», cit., p. 247; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 59 y ss.

²⁷³ Vid. *supra*, II.3.C).b).

²⁷⁴ Vid. el art. 55.2 LOTC y URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, 1996; MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, 1998.

²⁷⁵ PAGENKOPF, «Grenzen...», cit., p. 12; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 54 y ss., 58 y 61.

cia de validez²⁷⁶. Pero, en realidad, se trataría de una norma ilegal parcialmente válida, o inválida *ex nunc*, si se prefiere decir así. La protección de la confianza justificaría la validez y aplicación del reglamento durante el referido periodo de tiempo. No sólo la Administración, sino también los Tribunales deberían aplicarlo a los hechos ocurridos cuando era aparentemente válido.

Se ha cuestionado la necesidad de que la Administración esté facultada para inaplicar normas reglamentarias inválidas, pues ésta siempre puede impugnar ante los Tribunales las dictadas por otras Administraciones²⁷⁷ o anularlas si se trata de las que ella ha emanado. En nuestra opinión, ésta no es una competencia supérflua, ya que sirve a la celeridad y la eficiencia con las que debe producirse la actividad administrativa²⁷⁸. Imaginemos que cada vez que la Administración tuviera que inaplicar una norma inválida se viera previamente obligada a interrumpir el correspondiente procedimiento, revisar de oficio dicha norma o impugnarla ante los Tribunales y esperar, quizá varios años, a que tenga lugar su anulación. Esta solución resulta del todo inadecuada para satisfacer aquellas exigencias. El interés público demanda en muchas ocasiones una decisión administrativa rápida, inmediata incluso, incompatible con esa dilación²⁷⁹. Además, dicha solución es inviable, porque el transcurso del plazo marcado para resolver determinará automáticamente la emisión de un acto presunto o la caducidad del procedimiento (arts. 43 y 44 LPC) y, por consiguiente, la inaplicación o aplicación *ope legis* de la norma inválida.

Adviértase que fue la celeridad procesal una de las principales razones que se adujeron en contra del carácter devolutivo de la cuestión de ilegalidad regulada en el Anteproyecto de la LJ de 1995: el Juez que considerara inválido un reglamento en vía incidental no podía, en principio, inaplicarlo por sí sólo sino que para ello debía plantear una cuestión prejudicial, suspender el procedimiento y aguardar la resolución de la misma²⁸⁰. Por esto, la vigente LJ

²⁷⁶ Un problema similar se plantea cuando un reglamento ilegal impone la realización de conductas restrictivas de la competencia. Como señala BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, 1996, p. 94, en principio, «no cabe que la conducta amparada en [dicha] norma reglamentaria dé lugar a una sanción a las empresas que han confiado en ella». Sobre el problema, *vid.* también, VICIANO PASTOR, *Libre...*, cit., pp. 523 y ss., y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20-11-1992 (Ar. 1608) y 28-7-1994 (Ar. 2575).

²⁷⁷ PAGENKOPF, «Grenzen...», cit., p. 14, en relación con los planes urbanísticos.

²⁷⁸ Vid. los arts. 3.2, 73, 74 y 75 LPC.

²⁷⁹ En sentido similar, FUNK, «Der Vollzug fehlerhafter Bebauungspläne», *BayVBl*, 1981, p. 76; KOPP, «Das Gesetzes-...», cit., p. 824; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 4, m. 46.

²⁸⁰ Vid. el art. 26.1 APLJ de 16-1-1995 y las críticas al mismo de BAÑO LEÓN, TORNOS MAS y CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, en *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), 1995, pp. 231 y ss.

se decantó por otra solución: primero se inaplica el reglamento y, luego, una vez firme la sentencia, se plantea la cuestión y, si procede, se anula éste. Pues bien, si la celeridad justifica que el Juez que examina incidentalmente la validez de un reglamento pueda inaplicarlo por su propia autoridad, con mayor razón justificará esta posibilidad cuando el examen tenga lugar en el procedimiento administrativo, ya que aquí las exigencias de celeridad y eficiencia son más intensas que en el proceso²⁸¹.

Al admitir la competencia de la Administración para inaplicar reglamentos se corre el riesgo de dejar sin efecto a normas válidas y obligatorias. Puede suceder que la Administración estime erróneamente que un reglamento es inválido y lo inaplique cuando, en verdad, es válido²⁸². No obstante, la decisión administrativa errónea siempre podrá ser revisada y corregida por los Tribunales, que tienen la última palabra²⁸³. El reglamento válido sólo quedará inaplicado *temporalmente*, hasta que intervengan éstos. Además, el riesgo de privar de efecto a un reglamento válido, durante un tiempo y para un caso concreto, no es tan grave como el que entrañaría negar a la Administración la competencia para inaplicar tales normas, pues en este último caso, existe el peligro de aplicar disposiciones contrarias al orden legal o constitucional. La norma provisionalmente lesionada ya no sería una simple disposición administrativa, sino una norma de mayor jerarquía, de mayor valor.

El artículo 107.3 LPC establece que «los recursos [administrativos] 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». Este precepto indica claramente que la Administración puede inaplicar un reglamento ilegal al resolver los recursos interpuestos contra los actos dictados al amparo del mismo. Entender lo contrario supondría esterilizar esta impugnación *per saltum*. Sería como si el legislador hubiese dicho: «Los recursos administrativos que se funden únicamente en la invalidez de una norma reglamentaria podrán interponerse ante el órgano que la dictó, pero se trata de recursos inútiles, que no pueden prosperar, ya que éste órgano no está facultado para dejar de aplicar dicha norma».

Es más, este artículo 107.3 indica que, tanto el órgano autor de la disposición general inválida, como el órgano por encima del cual se «salta» y que en principio sería competente para resolver el recurso contra el acto

²⁸¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, pp. 433 y ss.

²⁸² Las RRDGRN de 13-7-1998 (Ar. 5967), 16-7-1998 (Ar. 5971) y 14-1-2000 (Ar. 149) inaplicaron el art. 35 del Reglamento de Costas (RD 1471/1989, de 1 de diciembre), precepto que había sido declarado conforme a Derecho por las SSTs de 17-7-1996 (Ar. 6429) y 27-5-1998 (Ar. 4195).

²⁸³ Así lo advierten, BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., p. 41; KOPP, «Das Gesetzes-...», cit., pp. 825 y 827; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 4, m. 46.

dictado al amparo de la misma, pueden inaplicarla. Nótese que recurrir *per saltum* es opcional, no preceptivo²⁸⁴. «Se trata de una posibilidad adicional, no de una imposición, como indica el potestativo “podrán”, que el texto legal emplea»; el legislador es consciente de que un órgano administrativo *difícilmente* se decidirá a inaplicar la norma emanada por un superior jerárquico; por ello, *permite* que el recurso se presente directamente ante este último²⁸⁵.

Se ha dicho que la inaplicación administrativa de un reglamento puede lesionar la competencia de la Administración que lo dictó²⁸⁶. Esta opinión nos parece criticable. La de dictar normas y la de aplicarlas —o inaplicarlas— son dos potestades bien distintas. Resulta absurdo afirmar que un acto está viciado de incompetencia únicamente por el hecho de que la Administración, al dictarlo, ha aplicado la ley e inaplicado un reglamento inválido. Precisamente, dicha inaplicación supone el ejercicio normal y conforme a Derecho de las propias competencias. Para ejercer correctamente las que les ha otorgado el ordenamiento jurídico, los Poderes públicos deben aplicar sólo normas válidas e inaplicar las inválidas. La inaplicación de un reglamento inválido es simple aplicación del Derecho²⁸⁷. Otra cosa es cómo se llega a este resultado. ¿Puede la Administración que estima en vía incidental que un reglamento es inválido inaplicarlo por sí misma para resolver un asunto de su competencia o debe suspender el procedimiento, recabar la opinión de otro sujeto y actuar de conformidad con ella? Esta última solución es inaceptable, pues supondría que este sujeto participaría de modo vinculante en la decisión de un caso cuya resolución compete a otra Administración.

En cambio, resulta razonable pensar que cuando el Derecho otorga a la Administración competencia para atender un asunto, le faculta para decidir todas las cuestiones previas, relevantes y necesarias para llegar a la resolu-

²⁸⁴ Así lo afirma expresamente la STS de 22-10-1997 (Ar. 8493), e implícita pero inequívocamente, las de 10-7-1986 (Ar. 4536) y 14-6-1999 (Ar. 6131).

²⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 516. En cambio, consideran que esta alzada es preceptiva: SÁNCHEZ MORÓN, «Recursos administrativos», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (dirs. Leguina Villa y Sánchez Morón), 1993, p. 342; SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, 1996, p. 297, n. 449. Según GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen...*, cit., p. 286, el interesado sólo puede optar entre recurrir ante los Tribunales o ante el órgano administrativo autor de la norma. Según GONZÁLEZ PÉREZ y TOLEDO JÁUDENES, *Comentarios al Reglamento de procedimiento económico-administrativo*, 1997, pp. 766 y 767, el recurso puede presentarse ante un Tribunal Económico-administrativo, pero éste debe remitir las actuaciones al autor de la norma.

²⁸⁶ DOLDE, «Verwerfung nichtiger Bebauungspläne durch die Verwaltung», *BauR*, 1978, pp. 157 y 158; PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., pp. 389 y ss.; PAGENKOPF, «Grenzen...», cit., pp. 12 y 13; VON MUTUS y HILL, *Die Behandlung...*, cit., pp. 56 y ss.

²⁸⁷ PIETZCKER, «Inzidentverwerfung...», cit., p. 808, que aquí rectifica su opinión mantenida en un trabajo anterior.

ción del mismo²⁸⁸. La Administración asume la responsabilidad y los riesgos que se derivan del ejercicio de las competencias que tiene otorgadas por el ordenamiento jurídico²⁸⁹. Por eso, la Administración no necesita una atribución constitucional o legal expresa para poder inaplicar normas inválidas²⁹⁰. Muy al contrario, esta competencia sólo podría ser exceptuada o limitada si así lo dispusiera inequívocamente alguna disposición²⁹¹, pero el Derecho español no prevé excepción alguna. La regulación de las cuestiones prejudiciales obedece a este mismo criterio: la regla general es que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no les estén atribuidos privativamente» (art. 10º.1 LOPJ); a continuación, el legislador establece expresamente algunas excepciones.

Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado se considera hoy en día perfectamente competente para examinar la conformidad con el ordenamiento jurídico de los reglamentos e inaplicarlos si el examen arroja un resultado negativo. A tal efecto, invoca el principio de jerarquía normativa²⁹². Aquí merece destacarse el cambio de postura adoptado en relación con el artículo 35 del Reglamento de Costas. Inicialmente, dicho órgano no entraba a enjuiciar la ilegalidad de esta norma, pues «no parece que sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión como la aquí planteada»²⁹³. Posteriormente, la Dirección rectifica: examina la conformidad del precepto, estima que contraviene lo dispuesto en la Ley de Costas y lo inaplica. Y ello porque «es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la ley y la prevalencia de los mandatos de la ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración, y así lo establece tanto el artículo 6º LOPJ, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 CE, 1.2 CC, ..., y 51.2 LPC»²⁹⁴.

²⁸⁸ En sentido similar, GIERKE, «Die Behandlung...», cit., p. 62.

²⁸⁹ Éste es uno de los principales argumentos aducidos por BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., pp. 42 y ss., para justificar la competencia de la Administración para inaplicar leyes inconstitucionales.

²⁹⁰ En contra, BAÑO LEÓN, *Potestades...*, cit., p. 91.

²⁹¹ KOPP, «Das Gesetzes-...», cit., p. 827; GIERKE, «Die Behandlung...», cit., p. 62.

²⁹² RRDGRN de 4-2-1991 (Ar. 1658), 23-2-2000 (Ar. 1083), 29-2-2000 (Ar. 1091) y 9-3-2000 (Ar. 1100).

²⁹³ RRDGRN de 16-12-1991 (Ar. 413/1992) y 8-1-1993 (Ar. 1305).

²⁹⁴ RRDGRN de 13-7-1998 (Ar. 5967), 16-7-1998 (Ar. 5971) y 14-1-2000 (Ar. 149). Curiosamente, las SSTs de 17-7-1996 (Ar. 6429) y 27-5-1998 (Ar. 4195) habían declarado que dicho precepto se ajustaba a Derecho.

En cambio, los Tribunales Económico-Administrativos suelen negarse siquiera a verificar la legalidad de los reglamentos aplicables a los casos de los que conocen. Al respecto aducen que «el ámbito de la vía económico-administrativa no alcanza a la ilegalidad o inconstitucionalidad de las normas reguladoras de los tributos, por estar limitado, única y exclusivamente, a los actos de aplicación de los mismos»²⁹⁵; afirman su incompetencia «para pronunciarse sobre la impugnación de las disposiciones de carácter general, al ser ésta una materia reservada a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»²⁹⁶. Algunas SSTs han acogido innecesariamente esta doctrina y el razonamiento que le sirve de base con el objeto de declarar admisible la alzada *per saltum* contra actos tributarios²⁹⁷. Decimos innecesariamente porque la alzada contemplada en el artículo 107.3 LPC es una posibilidad, no una imposición. Los ciudadanos pueden optar por recurrir *per saltum* o acudir a la vía económico-administrativa, que sigue siendo procedente. De hecho, hay Sentencias que admiten el recurso *per saltum* sin afirmar esa incompetencia de los Tribunales Económico-Administrativos²⁹⁸.

En cualquier caso, y como ya advirtió GARCÍA DE ENTERRÍA hace ya muchos años, esta doctrina confunde inaplicación con anulación. El que los órganos contencioso-administrativos sean los únicos competentes para conocer de los recursos directos contra normas reglamentarias y anularlas, no quiere decir que ostenten el monopolio de inaplicarlas²⁹⁹. Seguramente, ha influido en aquella doctrina la idea de que recurrir los actos dictados al amparo de un reglamento inválido supone impugnar indirectamente este último. Pero no se trata de eso, sino de que los Juzgados y Tribunales, lo mismo que los órganos económico-administrativos, deben aplicar el Derecho vigente, las normas válidas y no las inválidas, y así como han de resolver las antinomias mediante la regla *lex posterior derogat legi anteriori*, también deben utilizar aquella que reza *lex superior derogat legi inferiori*. Algunas viejas Resoluciones del TEAC que inaplicaron reglamentos ilegales³⁰⁰ así lo dejaron sentado: «Las dudas que

²⁹⁵ RTEAC de 27-3-1998 (Ar. 723). *Vid.*, también, las RRTEAC de 27-1-1993 (Ar. 283), 29-9-1993 (Ar. 1313), 2-3-1994 (Ar. 600), 21-9-1995 (Ar. 1435), 25-1-1996 (Ar. 230), 8-2-1996 (Ar. 304), 8-5-1996 (Ar. 640), 11-9-1996 (Ar. 1303), 9-10-1996 (Ar. 1547), 23-10-1996 (Ar. 1618) y 19-12-1996 (Ar. 1766).

²⁹⁶ RTEAC de 1-7-1992 (Ar. 352). Así mismo, *vid.* las RRTEAC de 3-2-1961 (Ar. 505), 5-4-1963 (Ar. 4020), 14-12-1965 (Ar. 5948), 18-3-1966 (Ar. 2507), 15-11-1966 (Ar. 1222/1967), 16-12-1966 (Ar. 1635/1967) y 17-1-1967 (Ar. 2054).

²⁹⁷ *Vid.* las SSTs de 16-5-1986 (Ar. 2375), 5-2-1988 (Ar. 711), 15-6-1995 (Ar. 5039), 11-10-1997 (Ar. 8490), 22-10-1997 (Ar. 8493) y 31-1-1998 (Ar. 1669) y el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380).

²⁹⁸ SSTs de 21-10-1983 (Ar. 5215), 16-1-1990 (Ar. 393) y 14-6-1999 (Ar. 6131).

²⁹⁹ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 15, n. 18.

³⁰⁰ *Vid.* la RTEAC de 14-11-1962 (Ar. 5091), que inaplica un reglamento viciado de incompetencia, las de 12-3-1965 (Ar. 3883) y 15-2-1968 (Ar. 1922), que inaplican una disposición no publicada, y las de 28-6-1960 (Ar. 2780) y 9-2-1962 (Ar. 1117).

podieran surgir en la interpretación del respectivo alcance de [un precepto legislativo y uno reglamentario] habría que resolverlas al revisar,..., el acto administrativo objeto de la reclamación..., en el sentido de que,..., deberían prevalecer, por su rango, los claros preceptos imperativos de la Ley formal,..., de obligatoria observancia para todos los órganos del Estado a quienes compete su aplicación y efectividad»³⁰¹. Como decía la STS de 1 de abril de 1975 (Ar. 1591):

«En buena lógica jurídica no es dado sostener que, cual viene a afirmarse en la resolución de la Junta Arbitral y del TEAC, uno y otra,..., carezcan de competencia para enjuiciar la legalidad o ilegalidad de una disposición administrativa de carácter general, a fin de decidir sobre reclamaciones formuladas contra actos administrativos concretos —no, directamente, contra las aludidas disposiciones—, porque ello podría implicar la radical inaplicación de alguna Ley, que, como norma de rango superior, es de primaria y preferente aplicación».

En el mismo sentido, declaró la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (Ar. 1690), que anuló una Resolución del TEAR de Valencia que se había resistido a verificar la legalidad de un reglamento y a inaplicarlo:

«Una cosa es la impugnación directa de las disposiciones generales, que puede hacerse de forma directa ante los Tribunales Contencioso-Administrativos competentes,..., y otra muy distinta que no puedan y deban los órganos administrativos, todos, inaplicar los reglamentos cuando se oponen a las leyes y a otras disposiciones de rango superior. Y ello, pese a no disponer de un artículo semejante al 6º LOPJ,..., pues este precepto,..., nada añade a las potestades de los órganos judiciales y de los administrativos en la aplicación de la norma.

En efecto, el artículo 9.1 de la Constitución, en relación con el 103.1 consagra el principio del sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y en su artículo 9.3 se consagra el principio de jerarquía normativa, según el cual, las normas superiores prevalecen sobre las inferiores, hasta tal punto que el artículo 62 de la Ley 30/1992,..., sostiene que son 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»...

Este principio obliga al intérprete, Juez o Autoridad administrativa a aplicar la norma superior sobre la inferior, por lo que cuando se trata de impugnaciones en vía indirecta, la autoridad administrativa, en este caso el Tribunal Económico tiene competencia para inaplicar la norma inferior. Sostener lo contrario es tanto como estimar que rige el principio de la aplicación de la norma inferior sobre la superior, o que los órganos administrativos se regirían por lo que podríamos llamar principio de aplicación de la norma inmediata, con el consiguiente efecto de que por no inaplicar los reglamentos se inaplican las leyes a las que aquéllos se oponen».

Nos parece inaceptable afirmar la incompetencia de los órganos económico-administrativos para conocer de la impugnación de un acto tributario sólo

³⁰¹ Resoluciones de 5-4-1960 (RJ 1938) y 25-1-1963 (RJ 638).

porque la ilegalidad del mismo deriva de haber sido dictado al amparo de una norma inválida. Esto no se deduce, ni siquiera implícitamente, de precepto legal o reglamentario alguno. Muy al contrario. Lo que se desprende claramente de nuestro Derecho positivo es que el ámbito de la vía económico-administrativa se delimita por razón de la materia y de los actos reclamables³⁰², no por razón de los vicios en que éstos incurrir. Las reclamaciones económico-administrativas son recursos ordinarios, que pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico³⁰³.

La negativa de la Administración a enjuiciar la validez de los reglamentos y, en su caso, a inaplicarlos resulta especialmente censurable cuando ésta resuelve recursos que los ciudadanos están obligados a interponer para poder obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. Sabido es que los particulares deben agotar la vía administrativa antes de recabar de Juzgados y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos frente a los actos de las Administraciones públicas. Para agotar esa vía, será necesario en muchos casos interponer uno o incluso dos recursos administrativos, lo que, según destacados autores, supone un inadmisibles «aplazamiento de la posibilidad de obtener una decisión en justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente»³⁰⁴. No es éste el lugar adecuado para examinar con detalle si esta limitación del derecho a la tutela judicial está suficientemente justificada en atención a los intereses que se intenta satisfacer al configurar a los recursos administrativos como presupuesto de la impugnación jurisdiccional. Lo que queremos hacer notar es que, si se niega competencia a la Administración para inaplicar reglamentos inválidos, resulta constitucionalmente inaceptable obligar a los ciudadanos a recurrir en vía administrativa un acto cuya ilegalidad deriva de haberse dictado al amparo de un reglamento tal, porque la pretensión de anular ese acto, totalmente fundada en Derecho, no podrá ser estimada por la Administración, sino únicamente por los Tribunales. La Administración será incapaz de tutelar la posición jurídica del ciudadano, que se habrá visto obligado a interponer un recurso inservible. La necesidad de agotar la vía administrativa constituye entonces una restricción desproporcionada, por *inútil*, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la hoy superada resistencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado a examinar la legalidad de los reglamentos e inaplicarlos daba lugar a situaciones verdaderamente kafkianas. En el caso

³⁰² Vid. MOCHÓN LÓPEZ, *Actos reclamables en el procedimiento económico-administrativo*, 1995, pp. 45 y ss.

³⁰³ *Ibidem*, p. 78. Así se deduce del art. 169 LGT y del art. 40.2.b) RPREA, que dice que el órgano competente anulará total o parcialmente el acto impugnado «cuando se halle incurrido en infracciones del ordenamiento jurídico».

³⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 507.

decidido por la Resolución de 16 de diciembre de 1991 (Ar. 413/1992), un Registrador de la Propiedad había suspendido en virtud del artículo 35 del Reglamento de Costas la inscripción de la compraventa de varios inmuebles³⁰⁵. Recurrida la suspensión ante el Presidente del TSJ de la Comunidad Valenciana, éste la revocó por considerar que «la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha excedido de los límites materiales que enmarcan esta actividad, al tener que subordinarse a la Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en los arts. 9.3 y 103.1 CE, y en este caso se ha excedido y por eso, no puede hacerse aplicación del art. 35 del Reglamento de Costas, ya que los Tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Ley, y obligados por ello a buscar el respaldo legal de todo Reglamento antes de su aplicación (art. 6º LOPJ)». Interpuesto recurso ante la Dirección General, ésta lo estimó y confirmó la nota del Registrador, pues «no parece sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión [la ilegalidad de aquella norma reglamentaria] como la aquí planteada». Desconocemos si el solicitante se aquietó a esta resolución o la impugnó ante los Tribunales. Si aconteció esto último, se vio obligado a embarcarse en dos recursos administrativos y, a continuación, en un proceso con el fin de obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, y ello como consecuencia de que la Administración se negó a verificar la validez del referido precepto reglamentario y a inaplicarlo. La situación es especialmente problemática si tenemos en cuenta las dudas existentes sobre la posibilidad de impugnar las Resoluciones de aquella Dirección y cuál es, en su caso, el orden jurisdiccional competente³⁰⁶.

El problema también ha sido advertido en relación con la supuesta incompetencia de los órganos económico-administrativos para inaplicar reglamentos³⁰⁷. Como señala la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (Ar. 1690):

³⁰⁵ El art. 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas establece que, para inmatricular en el Registro fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, se ha de acompañar al título certificación de la Administración del Estado acreditativa de que no se invade el dominio público. El art. 35 del Reglamento de Costas (RD 1471/1989, de 1 de diciembre) extiende esta exigencia a las posteriores inscripciones.

³⁰⁶ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral», *REDA*, 107, 2000, pp. 435-457.

³⁰⁷ OTERO NOVAS, «Las autolimitaciones de la Jurisdicción Económico-Administrativa», *CT*, 16, 1976, pp. 247 y ss.; CHECA GONZÁLEZ, *Reclamaciones y recursos administrativos*, 1997, pp. 195 y 196, que defienden la competencia de estos órganos administrativos para inaplicar reglamentos ilegales. En cambio, MOCHÓN LÓPEZ, *Actos...*, cit., pp. 40 y 41; ESEVERRI MARTÍNEZ, en el prólogo a este libro, p. 14; y el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380) advierten el problema pero no cuestionan la supuesta incompetencia de aquéllos para inaplicar tales normas.

«En la hipótesis, que rechazamos, de que los órganos administrativos, en este caso el TEAR, no pudieran inaplicar un reglamento, la exigencia de plantear un recurso, que en el caso de silencio duraría al menos un año, supondría un atentado al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, pues el Tribunal Constitucional ha considerado compatible éstos con dicho principio, pero siempre que los mismos no sean irrazonables, lo que ocurriría si el ciudadano se ve obligado a plantear una impugnación ante un Tribunal incompetente para resolver».

Para eludir este inconveniente, el Tribunal Supremo considera que, en tales casos, el contribuyente puede interponer el recurso *per saltum* regulado en el artículo 107.3 LPC³⁰⁸. Pero esta solución conduce a resultados igualmente insatisfactorios.

Por de pronto, convierte en una trampa para los interesados lo que debería ser una importante garantía de la defensa de sus derechos. En efecto, la notificación de un acto administrativo debe indicar a las personas interesadas cuáles son los recursos procedentes contra éste, así como el órgano ante el que han de presentarse y el plazo para interponerlos (art. 58.2 LPC). Ello garantiza a estas personas la posibilidad efectiva de impugnar el acto notificado³⁰⁹, compensando la brevedad de los plazos establecidos para ello y la circunstancia de que la intervención en el procedimiento administrativo no requiere asistencia de letrado. Pues bien, la realidad muestra que en las notificaciones de actos tributarios cuya ilegalidad deriva de la aplicación de un reglamento inválido se indica como procedente la vía económico-administrativa, es decir, una vía improcedente según aquella jurisprudencia. Para solucionar este problema, cabría incluir en las notificaciones una cláusula de estilo del siguiente tenor: «El acto X es impugnabile en la vía económico-administrativa, pero si Ud. considera que es ilegal por haberse dictado en aplicación de una disposición general inválida, entonces podrá recurrirlo ante el órgano autor de esa norma o directamente ante los Tribunales». Pero aquí no terminan las dificultades.

Imaginemos que el ciudadano considera que una liquidación es ilegal no sólo por haberse dictado en aplicación de un reglamento inválido, sino también por padecer otros vicios. ¿Cuál debe ser entonces el órgano competente para conocer del recurso? El órgano económico-administrativo no, pues según se dice le está prohibido inaplicar reglamentos. Los Tribunales o el órgano que dictó el reglamento tampoco, pues ello supondría que los contribuyentes podrían eludir siempre a su antojo la vía económico-administrativa; les bastaría para ello alegar que la liquidación en cuestión se dictó al amparo de un reglamento inválido. En fin, parece que no queda otro remedio que

³⁰⁸ Vid. las SSTs de 16-5-1986 (Ar. 2375), 5-2-1988 (Ar. 711), 15-6-1995 (Ar. 5039) y 14-6-1999 (Ar. 6131), así como el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380).

³⁰⁹ SSTC 193 y 194/1992, de 16 de noviembre (FJ 2).

obligar al ciudadano a interponer dos recursos: una alzada *per saltum* y una reclamación económico-administrativa. A esta conclusión llega el ATS de 16 de julio de 1999 (Ar. 6380): el órgano que conoce *per saltum* «sólo puede pronunciarse sobre la validez de la liquidación basándose en la legalidad o ilegalidad de los artículos del reglamento que la parte considera nulos, pero obviamente no puede entrar a conocer de los demás motivos de impugnación, si entendiera que los preceptos reglamentarios son conformes a derecho»; la impugnación por motivos distintos «sólo puede ser planteada ante el Tribunal Económico-Administrativo».

Lo más grave de esta esquizofrénica solución es que el órgano económico-administrativo «debe esperar a que esta Sala Tercera [del Tribunal Supremo] resuelva el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación presunta, por silencio administrativo del Consejo de Ministros, del recurso *per saltum*». Es decir, puede darse el caso de que un ciudadano, para obtener la tutela judicial de sus derechos lesionados por un acto, se vea obligado: en primer lugar, a interponer simultáneamente una alzada *per saltum* y una reclamación económico-administrativa; en segundo lugar, a recurrir ante los Tribunales la desestimación de la alzada; a continuación, y para el caso de que éstos consideren que el reglamento es legal, a esperar la resolución de la reclamación; por último, a iniciar un nuevo proceso para impugnar la desestimación de la misma.

En fin, para salvar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que establecen la carga de interponer recursos administrativos antes de acudir a los Tribunales, no hay más remedio que entender que los órganos encargados de resolver tales recursos tienen competencia para tutelar la posición jurídica de los recurrentes, esto es, para aplicar las normas válidas e inaplicar las inválidas. De lo contrario, la vía administrativa previa constituiría un obstáculo a la tutela judicial efectiva desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional. Recuérdese que toda norma debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución: si aquélla es susceptible de diversas interpretaciones, deben escogerse las compatibles con la Constitución y desecharse las que la congradigan.

Queda por estudiar el deber del personal al servicio de la Administración de inaplicar los reglamentos inválidos. Se ha dicho que el funcionario, «en virtud del principio de dependencia jerárquica administrativa, se ve obligado en todo caso a aplicar los reglamentos, con independencia de su posible ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad».³¹⁰

Esta afirmación nos parece incorrecta. El solo hecho de que un funcionario dependa jerárquicamente del autor de una norma no le impide inaplicar ésta.

³¹⁰ REQUEJO PAGES, *Jurisdicción e independencia judicial*, 1989, p. 145. En sentido similar, DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, 1989, pp. 69 y 72.

Es indudable que los órganos administrativos pueden «dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio» (art. 21.1 LPC) y que, a través de estas instrucciones, también llamadas circulares³¹¹, pueden imponerles la aplicación de un determinado reglamento³¹². Cabe incluso que estas instrucciones hayan sido provocadas por los obligados a acatarlas. El funcionario que dude de la legalidad de una norma *puede*, en vez de inaplicarla bajo su propia responsabilidad, consultar sobre este particular a sus superiores jerárquicos, y éstos, si la estiman válida, tienen potestad para obligarle a aplicarla.

En cualquier caso, dichas circulares, aunque puedan ser calificadas como normas jurídicas y tengan carácter vinculante³¹³, no alteran la competencia para examinar e inaplicar las normas inválidas atribuida al correspondiente órgano administrativo. Se trata de órdenes dirigidas a la persona física titular del órgano para que ejerza esa competencia en un determinado sentido³¹⁴, pero éste no deja por ello de ser competente al respecto. Por consiguiente, el acto dictado con infracción de una circular que imponía la aplicación de una norma que luego resulta ser inválida no padece por esta causa un vicio de incompetencia, si bien es posible que la persona que emitió dicho acto sea sancionada penal³¹⁵ o disciplinariamente³¹⁶. Así se deduce claramente del artículo 21.2 LPC, que dispone que «el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir»³¹⁷.

³¹¹ Al respecto, *vid.* BAENA DEL ALCÁZAR, «Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo», *RAP*, 48, 1965, pp. 107 y ss.; MORENO REBATO, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *RAP*, 147, 1998, pp. 159-200; ORTIZ DÍAZ, «Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés», *RAP*, 24, 1957, pp. 335-355.

³¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 17; BACHOF, «Die Prüfungs-...», cit., p. 44; GIERKE, «Die Behandlung...», cit., p. 63; KOPP, «Das Gesetzes-...», cit., p. 828; PIETZCKER, «Inzidentverwerfung...», cit., pp. 807 y 808.

³¹³ *Vid.* OSSENBUHL, «Rechtsquellen...», cit., § 6, marginal 41.

³¹⁴ Señala GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (con González Pérez), 1999, t. I, p. 783, que «el destinatario no es, propiamente el órgano sino la persona física adscrita al mismo».

³¹⁵ *Vid.* el artículo 410 del Código Penal.

³¹⁶ *Vid.* el art. 7.1.a) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero).

³¹⁷ En este sentido, OTERO NOVAS, «Las autolimitaciones...», cit., p. 246, dice que «no puede confundirse la corrección subjetiva [de la manera de actuar] del funcionario, con la corrección objetiva de lo que el funcionario resuelve».

Algún autor considera que las normas reglamentarias dictadas por un órgano administrativo constituyen, a la vez, mandatos o instrucciones dirigidos a los titulares de los órganos dependientes jerárquicamente del mismo para que ejerzan sus competencias en un determinado sentido: «El reglamento contiene un plus respecto de la circular —la eficacia externa— pero al mismo tiempo comprende una orden de aplicación dirigida a los subordinados»³¹⁸. Esta concepción resulta inadmisibile ya que, como ha notado GARCÍA DE ENTERRÍA, «los reglamentos no afectan a los funcionarios como mandatos jerárquicos, beneficiados del deber de obediencia, sino como Derecho objetivo..., y sin beneficiarse de ninguna ventaja respecto de la obediencia debida a las leyes, antes bien lo contrario»³¹⁹. La simple emisión de un reglamento no limita la responsabilidad con la que los titulares de órganos administrativos competentes para inaplicar un reglamento deben desempeñar las tareas que tienen encomendadas. Resulta lógico que la limitación de esta responsabilidad requiera de un mandato expreso encaminado a tal fin y dictado en ejercicio de la potestad de mando que corresponde a los órganos superiores. En ausencia de tales órdenes jerárquicas, el deber de los funcionarios de inaplicar las normas inválidas permanece intacto³²⁰, pues el legislador español los hace «responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo»³²¹, y la bondad de la gestión implica, claro está, su legalidad.

De otra parte, es evidente que el funcionario al que se le plantea incidentalmente la invalidez de una norma no está vinculado por las instrucciones dictadas por órganos a los cuales no está subordinado jerárquicamente³²². Así, a los órganos administrativos que gozan de independencia —v. gr., los Tribunales Económico-Administrativos³²³ o el Tribunal de Defensa de la Competencia³²⁴— nunca se les podrá imponer mediante circulares la aplicación de un reglamento que ellos consideren inválido. Y es que la independencia de un órgano consiste en que su actuación está sometida exclusivamente

³¹⁸ PIETZCKER, «Zur Inzidentverwerfung...», cit., p. 387. En sentido similar, BAÑO LEÓN, *Potestades...*, cit., p. 91: «El deber de obediencia de los funcionarios les impone aplicar las normas reglamentarias», salvo que éstas incurran en una ilegalidad patente.

³¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 17. Según KOPP, «Das Gesetzes...», cit., p. 828, esta equiparación entre reglamento y mandato jerárquico es inadmisibile. En el mismo sentido, si bien en relación con las leyes, HALL, «Die Prüfung...», cit., p. 554.

³²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 17.

³²¹ Art. 81.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (D 315/1964, de 7 de febrero).

³²² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., p. 17.

³²³ Vid. los arts. 18.1 y 90 LGT, y PERULLES MORENO, «Reclamaciones económico-administrativas», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, 1991, t. II, pp. 1845 y ss.

³²⁴ Vid. el art. 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y CASES I PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, 1995, pp. 282 y ss.; SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, 1998, p. 301 y ss.

al Derecho, al ordenamiento jurídico en su totalidad³²⁵. Dicho más exactamente, el carácter independiente de un órgano significa que éste «debe interpretar y aplicar las normas con pleno respeto a la jerarquía que entre ellas ha creado» el ordenamiento. «La independencia o desconexión se predica aquí de todo tipo de norma mediante la cual se pretenda alterar el principio de jerarquía normativa con arreglo al cual debe actuar» el órgano independiente. Independizar a éste «no es, jurídicamente, más que reforzar un principio inherente al sistema: que las diferentes subordinaciones jurídicas deben respetar en todo caso las vías de formalización establecidas por el ordenamiento y las relaciones de infra y supraordenación que resultan de la atribución a cada forma de un específico grado de validez y resistencia frente a las restantes»³²⁶.

B) La anulación del reglamento inválido

a) Concepto

Anular una norma reglamentaria consiste en establecer con efectos jurídicos *erga omnes* su invalidez total o parcial. La anulación es, pues, una declaración de voluntad que impone ciertos efectos jurídicos³²⁷, que obliga a los destinatarios de la misma a tener por inválida la totalidad o una parte de la norma anulada. La anulación tiene lo que se denomina efectos generales o *erga omnes*³²⁸. En realidad, sería más exacto decir que tiene carácter general, abstracto y definitivo. General, porque los efectos jurídicos que establece se dirigen a todos los encargados de aplicar el Derecho; todos deben tener por inválida a la norma anulada y ajustar sus conductas a lo que resulte de esta invalidez. Aquí debe hacerse una advertencia: el carácter general de la anulación es independiente del carácter general de lo que se anula³²⁹. Se trata de dos cosas distintas, como lo prueba la circunstancia de que la sentencia que anula un acto administrativo singular también produce efectos jurídicos *erga omnes*³³⁰. La anulación es abstracta, pues con arreglo a la

³²⁵ Vid. REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción...*, cit., pp. 161 y ss.

³²⁶ Ibidem, pp. 187 y 188; la cursiva es del original.

³²⁷ La anulación «no es un juicio, sino un mandato» (RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., p. 45).

³²⁸ Vid. el art. 72.2 LJ. Entre la doctrina: BOCANEGRA SIERRA, *El valor...*, cit., p. 210; DIEZ-PICAZO, L. M.⁸, «Anulación...», cit., p. 484; GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia...», cit., pp. 253 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. II, pp. 1347 y ss.; RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., pp. 13 y ss.

³²⁹ Por ello, nos parece inexacto decir que la eficacia general de las sentencias que anulan una ley «viene a derivarse de la idea de que la Ley —que es el acto sobre el que este control se ejerce— es general» (URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión...*, cit., p. 7).

³³⁰ Vid. el art. 72.2 LJ. Sobre la «explicación técnica del efecto anulatorio» de los actos administrativos, vid. GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia...», cit., pp. 253 y ss.

misma ha de resolverse cualquier caso en el que se plantee la invalidez de la norma anulada. Y definitiva, porque sus efectos jurídicos no son provisionales o transitorios, sino permanentes, de vigencia indefinida: la anulación de una norma supone «su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza»³³¹.

A veces se utilizan otros términos y expresiones distintos del de «anulación» para aludir a esta figura. Así, se habla de «declaración de invalidez»³³². Se trata, sin embargo, de una expresión un tanto ambigua y que se presta a cierta confusión, puesto que también una sentencia que inaplica un reglamento sin anularlo puede haber declarado previamente que éste era inválido. Es frecuente, así mismo, el uso de la locución «declaración de nulidad»³³³, que nos parece desacertado, al menos, por dos razones:

La misma está inspirada en el tópico de que las normas jurídicas inválidas siempre son nulas —no hay normas inválidas anulables— y de que las sentencias que resuelven la impugnación de un acto nulo no tienen carácter constitutivo sino declarativo: los actos anulables se anularían a través de una sentencia constitutiva, mientras que los nulos serían objeto de una declaración de nulidad. Pues bien, en nuestro Derecho hay reglamentos inválidos que siguen un régimen jurídico de anulabilidad³³⁴ y, de otro lado, resulta discutible que exista la referida diferencia entre los actos nulos y los anulables; es más, varios autores consideran que, en cualquiera de los dos casos, la sentencia que establece su invalidez tiene carácter constitutivo³³⁵.

En segundo lugar, utilizar «declaración de nulidad» en vez de «anulación» ha contribuido de manera notable a enturbiar la doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado de la invalidez de los reglamentos. Recordemos aquellas decisiones del Tribunal Supremo que, al «declarar la nulidad» de reglamentos en cuyo procedimiento de elaboración faltaba el informe preceptivo del Consejo de Estado, daban la impresión de que este vicio era causa de nulidad, cuando lo cierto es que otras muchas sentencias habían sentado que los

reglamentos que sufrían estos vicios eran anulables y, lo más importante, el tratamiento que en la realidad se daba a estos reglamentos era el de la anulabilidad³³⁶.

A nuestro juicio, anulación es la palabra más adecuada para designar a esta figura, tanto si el acto anulado es nulo como si es anulable³³⁷. De hecho, es la que emplea la LJ para disponer que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:..., anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido»³³⁸. Aquí no se utilizan dos palabras distintas para aludir a la anulación de un acto nulo y a la de un acto anulable, como hacen algunos autores³³⁹. Y es que los efectos jurídicos de la anulación son los mismos en ambos casos. La nulidad y la anulabilidad determinan distintos regímenes procesales del acto de anulación³⁴⁰ —v. gr., la acción de nulidad al contrario que la de anulabilidad es imprescriptible—, pero no una diferencia en cuanto al contenido de dicho acto. El camino difiere, pero el punto de llegada es el mismo. La circunstancia de que se trate de un acto nulo o anulable podría eventualmente tener alguna incidencia a la hora de determinar si dicho acto es inválido *ex tunc* o *ex nunc*³⁴¹, pero una vez precisado el alcance temporal de la invalidez, la anulación total o parcial del contenido del acto tiene exactamente los mismos efectos jurídicos si éste es nulo o anulable.

b) Justificación

La anulación de una norma jurídica inválida sirve, en primer lugar, a la certeza jurídica. En diversas sedes del presente trabajo ha quedado expuesto que la simple inaplicación de un reglamento inválido produce inseguridad, debido a que tiene efectos jurídicos únicamente *inter partes*, para el caso concreto. Que un Tribunal inaplique un reglamento por considerarlo inválido y le prive de eficacia no impide que otro Tribunal tenga una opinión diferente

³³¹ STC 166/1994, de 26 de mayo (FJ 2). Vid. también las SSTC 19/1987, de 17 de febrero (FFJJ 1 y 6), y 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), y la STS de 20-2-1992 (Ar. 2095). La expresión «expulsión del ordenamiento jurídico» ha hecho fortuna; la utilizan, entre otros, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 324; CLIMENT BARBERÁ, «La inconstitucionalidad...», cit., p. 267; FALCÓN Y TELLÁ, R., «La ley...», cit., p. 234; RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., p. 24; TORNOS MAS, «De nuevo...», cit., p. 892; DCE de 30-11-1995 (RDL 67).

³³² Según BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 323, «la anulación no es otra cosa que la declaración —administrativa o judicial— de la invalidez de un acto».

³³³ Vid., por ejemplo, los arts. 39.1 LOTC y 27.2 LJ.

³³⁴ Vid. *supra*, II.2.B).c).b') y II.4.D) e *infra*, X.5.B).

³³⁵ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 337 y 338; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 179.

³³⁶ Vid. *supra*, II.4.D).b).c').

³³⁷ Como señala GARRIDO FALLA en su voto particular a la STC 106/1999, de 14 de junio, «el término anular tanto vale para declarar una nulidad absoluta, como la invalidez de un acto anulable».

³³⁸ Art. 71.1.a) LJ. Vid., también, los arts. 72.2 y 73 LJ. El art. 27 LJ utiliza las expresiones anulación y declaración de nulidad como sinónimas. Aunque el art. 39.1 LOTC habla de «declaración de nulidad» de las leyes, la doctrina suele utilizar la palabra anulación para aludir a esta figura (*vid.*, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La constitución...*, cit., p. 96; RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., pp. 39 y ss.).

³³⁹ Vid., por ejemplo, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., que habla de «declaración de anulación» (p. 370) y «declaración de nulidad» (p. 390).

³⁴⁰ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 186 y ss.; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 58 y ss.

³⁴¹ Vid. *supra*, IX.2.D).b).

al respecto, lo estime válido y lo aplique³⁴², y el peligro de que esto suceda es evidente dado que las disposiciones reglamentarias admiten un número indeterminado de aplicaciones. En cambio, la anulación, como consecuencia de su carácter general y abstracto, genera certidumbre. La anulación de un reglamento impone a todos los operadores jurídicos que tengan a éste por inválido no sólo para la resolución de un caso concreto, sino para la resolución de cualquier caso. Se establece «de una vez para siempre» que a partir de entonces todos deberán considerar inválido al reglamento anulado, de modo que éstos podrán saber ya a qué atenerse³⁴³.

Al tener carácter general, la anulación favorece también la igualdad entre las personas³⁴⁴. Como dice la Exposición de Motivos de la LJ (apartado V), los sistemas difusos de control de normas —es decir, los sistemas que sólo conocen la inaplicación de la norma inválida como único instrumento de su ineficacia— generan «situaciones de inseguridad jurídica y de desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros».

La anulación de un reglamento produce un beneficioso efecto económico. Al despejarse con efectos *erga omnes* y de manera permanente la duda sobre la invalidez de una norma reglamentaria, se elimina prácticamente la posibilidad de que la misma vuelva a ser aplicada, así como la subsiguiente tramitación de múltiples procedimientos administrativos y procesos dirigidos a impugnar los actos aplicativos³⁴⁵.

La posibilidad de que los ciudadanos puedan pretender y obtener la anulación de un reglamento inválido sirve a la efectividad de la tutela y

³⁴² Así, por ejemplo, la STS de 30-3-1998 (Ar. 3080) advierte las contradicciones a las que dos secciones de la misma Sala de cierto TSJ habían llegado al enjuiciar en vía incidental la validez de un reglamento.

³⁴³ Señala BOBBIO, *Contribución...*, cit., pp. 302 y 303, que la abstracción de los mandatos jurídicos sirve a la certeza; valor que se define como «la determinación, de una vez para siempre, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un cierto tipo de acto o hecho, de modo que el ciudadano esté en condiciones de saber de antemano las consecuencias de sus acciones y de conducirse conscientemente de conformidad con las normas establecidas».

³⁴⁴ BOBBIO, *Contribución...*, cit., p. 302, señala que la generalidad de los mandatos jurídicos sirve a la igualdad.

³⁴⁵ Aluden al valor económico que tienen los procesos que pueden acabar con la anulación del reglamento inválido: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 223; GONZÁLEZ PÉREZ, «El juez...», cit., p. 90; GERDARDT, «Vorbemerkung § 47», *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, (dirs. Schoch, Schmidt-Aßmann, Pietzner), 1997, t. I, p. 14; RENCK, «Standortsicherung...», cit., p. 49; SCHENKE, «Reform...», cit., p. 83.

³⁴⁶ GONZÁLEZ, *La materia...*, cit., p. 190.

protección de sus derechos e intereses legítimos lesionados por dicho reglamento. Esto ya fue observado por Alfonso GONZÁLEZ hace casi un siglo, quien después de afirmar que constituía una «evidente injusticia privar al particular de toda defensa contra la amenaza abierta y clara de sus derechos y exigirle impasibilidad absoluta hasta que el atentado se consume mediante una resolución administrativa...», que ha de tener ejecución desde luego, causándole quizá perjuicios irreparables..., y que el recurso que la ley concedía contra dicha resolución era «a más de incompleto, evidentemente tardío»³⁴⁶, señalaba la «necesidad de que se establezca [la posibilidad de pedir a los Tribunales la anulación de un reglamento ilegal] y de que se le dé toda la extensión y toda la eficacia necesarias para que puedan restablecerse y reafirmarse con gran prontitud la subsistencia y la eficacia en toda su integridad del derecho amenazado»³⁴⁷. El Tribunal Supremo, por su parte, ha señalado que, al permitir que el ciudadano cuyos intereses legítimos se ven afectados por una disposición general pueda recurrirla, «se le otorga una tutela efectiva exenta de la demora que implica la espera de los acuerdos de aplicación singular» de la disposición³⁴⁸. Por ello se dice que los procesos en los que se pretende la anulación de un reglamento, además de una finalidad objetiva cumplen otra subjetiva: la de proteger y preservar los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas afectadas por aquél³⁴⁹.

Recordemos que esta función subjetiva justifica que el Tribunal Constitucional haya anulado disposiciones reglamentarias con ocasión de la resolución de recursos de amparo³⁵⁰. Y recordemos, asimismo, que tanto este Tribunal como el Supremo han considerado contrarias al artículo 24.1 CE las disposiciones de la LJ de 1956 que negaban a los particulares afectados en sus derechos o intereses legítimos por determinadas normas reglamentarias legitimación para recurrirlas directamente³⁵¹. Cualquier persona afectada en

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 191.

³⁴⁸ STS de 2-10-1989 (Ar. 7208).

³⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., § 19, m. 6; KOPP, «Änderungen...», cit., pp. 1962 y ss.; SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pp. 261 y 262.

³⁵⁰ *Vid. supra*, II.3.C).b).a).

³⁵¹ *Vid.*, en relación con el art. 28.1.b) LJ de 1956, las SSTC 195/1992, de 16 de noviembre (FFJJ 2 y 4), 160/1985, de 28 de noviembre (FFJJ 2 y 3), y 32/1991, de 14 de febrero (FJ 6). Tras alguna vacilación, esta jurisprudencia acabó por consolidarse también en el Tribunal Supremo; *vid.*, entre otras, las SSTS de 20-2-1984 (Ar. 1071), 25-4-1991 (Ar. 3461), 15-7-1986 (Ar. 4044), 17-5-1988 (Ar. 3793), 30-4-1991 (Ar. 3505) y 19-1-1996 (Ar. 424). En la doctrina, *vid.*, por todos, los trabajos de BAENA DEL ALCÁZAR, «El control jurisdiccional de los reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional», y FERNÁNDEZ TORRES, «La legitimación corporativa en la Jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva», incluidos en *La protección*

sus derechos o intereses legítimos por un reglamento que estime ilegal debe poder acudir a los Tribunales para pedir su anulación. La sola posibilidad de impugnar los actos dictados en aplicación del reglamento no basta para satisfacer las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Una vez expuestas las razones que justifican la anulación de los reglamentos inválidos, vamos a estudiar en virtud de qué título o fundamento jurídico concreto los mismos pueden ser anulados en nuestro Derecho. La anulación es un acto jurídico-público que se dicta en ejercicio de una potestad que, como cualquier potestad, ha de haber sido otorgada previamente por el ordenamiento³⁵². Como muy bien señala algún autor, las normas inválidas sólo pueden ser anuladas cuando otra norma prevé esta posibilidad³⁵³. Aquí hay que distinguir entre los Tribunales y la Administración.

c) Anulación jurisdiccional

Anular un reglamento inválido a través de una sentencia firme resulta especialmente valioso para la certeza jurídica, la igualdad, la economía procesal y la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, porque dicha decisión jurisdiccional es irrecurrible, goza del valor de cosa juzgada³⁵⁴. La sentencia firme que anula un reglamento establece de modo inatacable y definitivo que dicho reglamento es inválido. La duda acerca de su invalidez o invalidez ha quedado resuelta de modo concluyente. Si además se publica dicha sentencia en el mismo lugar donde en su día lo fue la norma anulada, entonces queda borrada cualquier apariencia de validez merecedora de protección que ésta pudiera tener todavía.

En el presente trabajo no podemos abordar de modo sistemático todas las cuestiones que en nuestro Derecho plantean los procesos que pueden concluir con la anulación de un reglamento inválido, por lo que nos centraremos en el estudio de cuatro de ellas. En los cuatro casos se pone de manifiesto que los valores jurídicos a los que sirve la anulación judicial de los reglamentos inválidos deben tenerse muy en cuenta *de lege data*, a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones legislativas que regulan esta figura, así como *de lege ferenda*.

jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, 1993, t. II, pp. 1353-1378 y pp. 1379-1471, respectivamente.

³⁵² Sobre esto último, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 435 y ss.

³⁵³ Díez-PICAZO, L. M.⁸, «Anulación...», cit., p. 483.

³⁵⁴ Sobre la fuerza de cosa juzgada de las sentencias que anulan reglamentos, *vid.* BOCANEGRA SIERRA, *El valor...*, cit., pp. 121 y ss., cuyas consideraciones las considera el autor sustancialmente aplicables a los procesos constitucionales. En contra de la aplicación de esta categoría a los efectos de las SSTC, PIBERNAT DOMÉNECH, «La sentencia constitucional como fuente del Derecho», *RDPol*, 24, 1987, pp. 61 y ss.

a') La sujeción a plazo del recurso «directo» contra reglamentos

Al contrario que en el Derecho alemán, donde hasta hace bien poco no ha existido un plazo preclusivo para recurrir ante los Tribunales los reglamentos³⁵⁵, en la LJ de 1956 se establecía que el recurso directo contra las disposiciones generales sólo podía interponerse dentro de los dos meses posteriores al día siguiente de la publicación de las mismas. El problema de la anulabilidad de las normas reglamentarias ilegales es una cuestión discutida, pero de lo que no cabe duda es que algunos vicios de esas disposiciones determinan su nulidad y que, en estos casos, las mismas no se convalidan por el mero paso del tiempo. Pues bien, transcurridos aquellos dos meses sin que hubiese tenido lugar la impugnación de un reglamento nulo, parecía que la única posibilidad que restaba para privarle de efectos era inaplicarlo. Y ya hemos visto lo insatisfactoria que resulta para ciertos valores jurídicos la sola inaplicación de un reglamento.

Algunos autores eran probablemente conscientes de las insuficiencias de esta regulación y, sin resignarse ante ella, y con una intención digna de elogio, intentaron apurar los resquicios y las posibilidades interpretativas que ofrecía la legislación por entonces vigente y hacer ver que existían *de lege data* algunos cauces a través de los cuales los ciudadanos podían obtener la anulación jurisdiccional de un reglamento inválido aunque ya hubiese transcurrido el plazo para recurrirlo directamente: de un lado, el proceso subsiguiente a la revisión de oficio —que, paradójicamente, podía ser iniciada a instancia de parte—³⁵⁶; de otro lado, el proceso en el que se impugnaban actos dictados en aplicación del reglamento³⁵⁷. Estas soluciones presentaban algunas deficiencias e inconvenientes, pero aun así, aunque no se tratara de soluciones absolutamente óptimas, quizás sí fuesen las mejores que permitía una interpretación —eso sí, un tanto forzada— de los preceptos legales entonces vigentes.

La nueva LJ de 1998 ha recogido, con matices, alguna de estas soluciones. Así, el órgano jurisdiccional que ha estimado el recurso interpuesto contra un acto dictado al amparo de una disposición general inválida que, por consiguiente, ha sido inaplicada está obligado a lo siguiente:

Si dicho órgano es el Tribunal Supremo o el competente para conocer del recurso directo contra la disposición inaplicada, debe anularla en la misma sentencia estimatoria del llamado «recurso indirecto» (art. 27, apartados 2 y 3).

³⁵⁵ *Vid. supra*, III.2.

³⁵⁶ El Derecho francés, que también somete a plazo el recurso directo contra reglamentos, contempla desde 1983 esta posibilidad (*vid.* BAILLY, «L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983», *RDPSP*, 1985, pp. 1513 y ss.).

³⁵⁷ *Vid. supra*, II.3.C).

En los restantes casos, y una vez firme la sentencia estimatoria que inaplica el reglamento inválido, el órgano jurisdiccional debe plantear una cuestión de ilegalidad ante el Tribunal que tenga atribuida la competencia para conocer del «recurso directo» (art. 27, apartado 1). Este Tribunal se encargará, en su caso, de anular el reglamento.

Esta regulación legislativa adolece de serios inconvenientes. Como GONZÁLEZ PÉREZ ha puesto de relieve, la posibilidad contemplada en los apartados 2 y 3 citados supone una grave infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se va anular una norma reglamentaria sin que se prevea el emplazamiento en el proceso, siquiera a través de un anuncio en un periódico oficial, de las personas afectadas en sus derechos e intereses por dicha norma³⁵⁸. Incluso GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, abogados de la posibilidad de anular reglamentos con ocasión de los recursos interpuestos contra sus actos de aplicación³⁵⁹, han reconocido recientemente los déficits que presenta la regulación legal en este punto³⁶⁰.

El legislador ha querido que «la impugnación de 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»³⁶¹. Con el fin de asegurar dicha celeridad se ha dispuesto, por ejemplo, que los recursos directos contra disposiciones reglamentarias y cuestiones de ilegalidad gocen de preferencia (arts. 66 y 126.2 LJ). Ahora pongamos por caso que un ciudadano se incorpora al círculo de destinatarios de una disposición reglamentaria inválida una vez que ha expirado el plazo para impugnarla directamente. Dicho ciudadano se encontrará en la misma situación que Alfonso GONZÁLEZ denunciara hace cien años: deberá esperar a que se consume la aplicación de la disposición para poder reaccionar contra la misma; a tal efecto, probablemente se verá obligado a interponer un recurso administrativo y luego uno contencioso-administrativo; y si la resolución de este último recurso termina simplemente con la inaplicación judicial del reglamento habrá que tramitar una cuestión de ilegalidad para llegar, por fin, a la anulación del mismo. Resulta dudoso que el sistema ideado por el legislador permita en estos casos anular con prontitud y rapidez la disposición reglamentaria inválida³⁶².

³⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, en «El control...», cit., p. 1558, y en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. I, pp. 674 y 689.

³⁵⁹ Recordemos los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación...*, cit., pp. 23 y ss., y «La eliminación...», cit., *in toto*.

³⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 670.

³⁶¹ Ap. V de la EM de la LJ. La cursiva es nuestra.

³⁶² En sentido similar, SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 132, que también hace otros reproches a la cuestión de ilegalidad. TESO GAMELLA, «La cuestión de ilegalidad», AA,

Hay una solución que, a nuestro modesto entender, se compadece con estos valores jurídicos mejor que el sistema actual: se trata, simplemente, de no someter a plazo preclusivo la posibilidad de interponer el recurso directo contra disposiciones generales. Se trata de que los ciudadanos puedan en cualquier momento pretender ante el Tribunal competente la anulación de un reglamento inválido. Se trata, claro está, de una propuesta de *lege ferenda*.

Podría pensarse que esta solución es contraria a la seguridad jurídica. Este argumento no nos parece convincente. Nosotros no defendemos que todo reglamento ilegal deba ser anulado sin importar el tiempo transcurrido desde que se dictó. Somos conscientes de que, pasado un tiempo sin que se haya cuestionado la validez de un reglamento que padece ciertas ilegalidades no muy graves, la seguridad puede exigir su conservación. Los reglamentos anulables deberían poder ser impugnados sólo dentro de un cierto periodo de tiempo³⁶³. Lo que defendemos es la existencia de un cauce que, en beneficio de la certeza jurídica, la economía procesal, la igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva, permita en todo momento llegar de una manera rápida, ágil y sencilla a un resultado que tarde o temprano acabará produciéndose: la anulación de los reglamentos nulos, de aquellos inválidos que no dejarán de serlo por el mero transcurso de plazo alguno.

Podría pensarse que esta solución obligaría a los Tribunales a estar resolviendo constantemente recursos directos contra reglamentos válidos, puesto que la declaración de validez de un reglamento carece de efectos *erga omnes* y, por consiguiente, no impide que pueda volver a cuestionarse su validez en otro proceso distinto. Esta objeción tampoco es atendible, puesto que el mismo problema presenta el sistema actual. Nada impide que los particulares impugnen una y otra vez los actos dictados en aplicación de un reglamento que ha sido declarado válido³⁶⁴ y que los Tribunales se vean obligados a desestimar varias y sucesivas cuestiones de ilegalidad. Además, la desestimación de un recurso directo contra un reglamento, o de una cuestión de ilegalidad, si bien no goza de los citados efectos *erga omnes*, sí tiene el valor que en nuestro Derecho se asigna al precedente³⁶⁵. Por lo tanto, es muy probable que estas sentencias desestimatorias disuadan a los ciudadanos de sus intenciones de interponer recursos que, a la vista de los

40, 1998, p. 865, estima que en estos casos puede producirse una «prolongación preocupante del recurso-contencioso administrativo».

³⁶³ *Vid. infra*, X.5.

³⁶⁴ *Vid. el art. 26.2 LJ*.

³⁶⁵ En contra, BOCANEGRA SIERRA, *El valor...*, cit., p. 278, aunque lo que este autor quiere resaltar es que el TC siempre puede «reexaminar nuevamente... la constitucionalidad de la ley anteriormente declarada» (p. 279), lo que, al fin y al cabo, es compatible con el valor que el precedente tiene en nuestro Derecho. *Vid.*, al respecto, CASTILLO BLANCO, *La protección...*, cit., pp. 362 y ss.

precedentes, parecen estar abocados al fracaso y a la condena en costas³⁶⁶. De hecho, la LJ ha previsto: de un lado, la publicación de las sentencias que desestiman la cuestión de ilegalidad (art. 126.2 *in fine*), previsión que hay que entender igualmente aplicable a la resolución de recursos directos, dada la identidad de razón que hay entre ambos procedimientos³⁶⁷, y de otro lado, la comunicación de la sentencia firme que resuelve la cuestión al órgano jurisdiccional que la planteó (art. 126.3), y ello a pesar de que dicha resolución ya no puede afectar a la «situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella» (art. 126.5). El legislador espera que los Jueces y Tribunales tengan muy en cuenta para resolver casos futuros, en virtud del valor del precedente, que ya se ha pronunciado otro Tribunal en vía principal sobre la validez del reglamento en cuestión. De otro modo, no tendrían sentido aquellas previsiones legislativas.

Esta propuesta nuestra es en lo sustancial la defendida también por GARRIDO FALLA³⁶⁸, BOQUERA OLIVER³⁶⁹ y el procesalista SANTOS VIJANDE; una solución «muy simple» que «alcanza con eficacia los fines de rapidez y unidad de decisión, en verdad insoslayables en este tipo de procesos»³⁷⁰. Este último autor, por ejemplo, propone que el ciudadano, a la vez que impugna un acto dictado en aplicación de un reglamento, pueda ejercitar una acción acumulada contra el mismo. De dicha acumulación de acciones conocería en primera instancia el órgano jurisdiccional competente para juzgar en vía directa sobre la validez del reglamento recurrido³⁷¹. La diferencia de esta propuesta con la nuestra es que aquí no podría interponerse el recurso contra la disposición general de modo independiente. La acción dirigida contra el acto que la aplica constituiría un «presupuesto de procedibilidad» de la acción que pretende la

³⁶⁶ Cabría imponerlas en este supuesto por aplicación de los criterios contenidos en el art. 139 LJ.

³⁶⁷ Prueba de ello es que el art. 126.2 LJ establece que son aplicables a la cuestión de ilegalidad varios preceptos referidos al recurso directo contra disposiciones generales.

³⁶⁸ GARRIDO FALLA, en «La impugnación de disposiciones normativas en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *AJA*, 342, 1998, p. 4, y en «El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones», *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (dir. González Pérez), 1997, p. 107. Además, se pregunta este autor «¿por qué no admitir la impugnación directa, sin consideración al plazo común, de los actos nulos de pleno derecho?», supuesto que los actos administrativos nulos «no se convalidan por el transcurso del tiempo,..., y la revisión de oficio de los actos nulos,..., permite la impugnación fuera de plazo de tales actos,..., si bien dando un considerable rodeo para llegar, al final, a la jurisdicción contencioso-administrativa» (p. 105).

³⁶⁹ BOQUERA OLIVER, «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *RAP*, 149, 1999, p. 36.

³⁷⁰ SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 140.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 140 y 141.

anulación de la disposición³⁷². Sin embargo, no vemos la razón por la que los ciudadanos deban esperar a que se consume la aplicación del reglamento inválido para recabar la tutela de sus derechos e intereses legítimos lesionados.

En cualquier caso, no compartimos la opinión de SANTOS VIJANDE de que la acumulación de ambas pretensiones —formuladas después del transcurso del plazo para interponer el recurso «directo»— era ya admisible bajo la vigencia de la LJ de 1956³⁷³. La posibilidad de que el mal llamado «recurso indirecto» contra reglamentos acabara con la anulación de los mismos se debía a una construcción doctrinal cargada de buenas intenciones que, sin embargo, fue rechazada una y otra vez por el Tribunal Supremo³⁷⁴.

b') La cuestión de ilegalidad y los vicios de incompetencia, forma y procedimiento

De acuerdo con la letra del artículo 27.1 LJ, sólo cabe plantear una cuestión de ilegalidad cuando el reglamento que el Juez o Tribunal acaba de inaplicar en el marco de uno de los mal llamados «recursos indirectos» es ilegal en cuanto a su contenido. A nosotros nos parece que una interpretación teleológica de este artículo, que tenga en cuenta los principios jurídicos a los que sirve la cuestión de ilegalidad y los antecedentes a los que obedece la redacción del precepto, obliga a entender que la cuestión de ilegalidad procede no sólo cuando el reglamento implicado padece un vicio de contenido, sino también cuando sufre cualquier otro vicio de nulidad —v. gr., de incompetencia o uno de los que afectan a su publicación—.

Salta a la vista que este precepto viene a recoger —en realidad, a vulgarizar— aquella jurisprudencia según la cual en el recurso indirecto contra disposiciones generales sólo pueden ser alegados los vicios «materiales» o de contenido, y no los «formales» o de procedimiento que éstas sufran³⁷⁵. Pero hay que tener presente las razones que justificaban esta jurisprudencia, así como los matices de la misma que no aparecen reflejados en el citado artículo 27.1.

El Tribunal Supremo siempre ha considerado que los vicios de contenido de una disposición reglamentaria son en todo caso causa de nulidad y que, por consiguiente, la disposición que los sufre no se convalida por el mero transcurso del plazo de los dos meses fijados para impugnarla directamente; siempre podrá ser inaplicada al resolver recursos interpuestos contra actos dictados a su amparo. En cuanto que las disposiciones reglamentarias de

³⁷² *Ibidem*, p. 139.

³⁷³ *Ibidem*, pp. 24 y ss. y 141.

³⁷⁴ *Vid. supra*, II.3.C).b).

³⁷⁵ *Vid. supra*, II.2.B).c).b').

contenido ilegal son siempre inválidas y no dejan de serlo por la sola circunstancia de que haya expirado aquel plazo, resulta justificado, en atención a la seguridad jurídica, economía procesal, igualdad y tutela judicial efectiva de los destinatarios de las mismas, que exista una vía procesal que permita anularlas en cualquier momento. La llamada cuestión de ilegalidad responde a esta necesidad.

El Tribunal Supremo también ha entendido que la sanción de irregularidad, anulabilidad o nulidad que corresponde a los vicios de las disposiciones reglamentarias distintos de los de contenido, debe determinarse por aplicación de las mismas reglas establecidas para los actos administrativos singulares³⁷⁶. De acuerdo con estas reglas, los defectos de procedimiento producen, por regla general, la anulabilidad del reglamento que los sufre. Como los actos anulables se convalidan por el transcurso del tiempo, este Tribunal ha entendido que la falta de impugnación directa del reglamento viciado en su procedimiento dentro del plazo fijado para ello determina la convalidación del mismo y, por consiguiente, no puede ya ser atacado e inaplicable con ocasión de los recursos contra los actos dictados a su amparo; recursos normalmente interpuestos y resueltos una vez expirado aquel plazo. Lógicamente, no tiene ningún sentido plantear una cuestión de ilegalidad contra un reglamento que ya es válido y que se acaba de aplicar.

Pero los vicios de contenido no son los únicos que dan lugar a la nulidad del reglamento. Los de incompetencia y los de la publicación acarrear también esta sanción. Los reglamentos que incurren en estas ilegalidades son siempre nulos y no dejan de serlo por el mero transcurso del tiempo. En consecuencia, deben ser inaplicados a la hora de enjuiciar los actos dictados a su amparo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ofrece la menor duda al respecto. Pues bien, las mismas razones de seguridad jurídica, economía procesal, igualdad y tutela judicial efectiva, que fundamentan el planteamiento de una cuestión de ilegalidad contra un reglamento de contenido ilegal, justifican que se proceda por la misma vía contra uno viciado de incompetencia o que no ha sido publicado o que lo ha sido en un lugar distinto del fijado por la ley.

c') La anulación de una porción del contenido del reglamento mayor que la impugnada

El proceso contencioso-administrativo constituye una especialidad del civil³⁷⁷ y, como todos los procesos civiles, viene informado por el principio dispositivo³⁷⁸, que, entre otras cosas, supone que «la determinación del objeto

³⁷⁶ Vid. *supra*, II.4.D).b).

³⁷⁷ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 309 y 310.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 310.

del proceso corresponde a las partes mediante la pretensión y la resistencia»³⁷⁹. «La vigencia en el proceso civil de los principios de oportunidad y dispositivo, conduce a que sean las partes las que tengan el monopolio sobre la configuración y proposición del objeto del proceso, mientras que el órgano jurisdiccional está excluido de esa labor y su función respecto al objeto procesal consiste en ejercer su potestad de resolver, de juzgar sobre el mismo»³⁸⁰. En efecto, el objeto del proceso contencioso-administrativo es una pretensión o petición de las partes que se dirige a un órgano jurisdiccional³⁸¹, y la sentencia debe ser congruente con dicha pretensión, no puede pronunciarse sobre un objeto distinto del propuesto por las partes. Expresamente dispone el legislador que «los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» (art. 33.1 LJ).

Es claro que «ninguna incongruencia se produce si, por estimación parcial de la pretensión ejercitada, se anulan sólo en parte los actos impugnados»³⁸². Esta anulación parcial viene, además, contemplada expresamente por el artículo 71.1.a) LJ.

El problema se plantea cuando un ciudadano pretende la anulación de sólo algunos de los preceptos de una disposición reglamentaria, aunque la totalidad del contenido de esa disposición o una porción del mismo mayor que la impugnada es inválida. Caben tres posibles soluciones a este problema y de las tres encontramos ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no puede decirse, por tanto, que haya seguido un criterio uniforme para resolverlo. Al hilo de cada una de estas soluciones realizaremos nuestras observaciones:

Cabría no anular precepto alguno del reglamento por considerar que la pretensión del ciudadano es infundada al no existir los requisitos necesarios para la anulación parcial³⁸³. La STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 3546) resuelve la impugnación de algunos preceptos de un reglamento, al que se le achacaban vicios de procedimiento —omisión de cierto informe y del trámite de audiencia—, y de contenido. Dicho Tribunal señala que resulta un contrasentido que «impugnándose solamente los preceptos señalados, hasta el punto que en el suplico de la demanda se pide también que se declare la validez de los otros preceptos [del reglamento en cuestión], los argumentos esgrimidos sean de naturaleza tal que, de aceptarse, provocarían necesariamente la nulidad de toda la disposición general y no sólo de los preceptos impugnados,

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 336.

³⁸⁰ ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, 2000, p. 249.

³⁸¹ Vid. los arts. 1 y 31 y ss. LJ.

³⁸² STS de 18-10-1994 (Ar. 7583).

³⁸³ Estima que ésta es una solución a considerar, WILKE, «Teilnichtigkeit...», cit., pp. 577 y 578.

con la dificultad que supone el riesgo de incurrir en incongruencia por dar más de lo pedido y en consecuencia, esos argumentos por su propia naturaleza, son incompatibles con el suplico de la demanda en donde se concreta la verdadera pretensión deducida en el proceso, lo que conduce forzosamente a su desestimación sin necesidad de su examen particular, al entenderlos abandonados por la parte al formular su concreta solicitud». A continuación, se declara que los preceptos impugnados eran legales en cuanto a su contenido³⁸⁴.

Esta solución es inadmisibles en nuestro Derecho. La LJ dispone claramente que debe estimarse el recurso contencioso-administrativo y anularse la disposición impugnada cuando ésta incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (arts. 70.2 y 71.1.a). La pretensión del ciudadano es en estos casos totalmente fundada ya que, cuando menos, los preceptos del reglamento por él impugnados infringen el ordenamiento jurídico y son inválidos.

La segunda posibilidad consiste en que el órgano jurisdiccional se atenga estrictamente al principio dispositivo y anule únicamente los preceptos del reglamento impugnados. La STS de 20 de marzo de 1964 (Ar. 1260) resolvía un recurso contra una disposición que establecía el Reglamento y Plan de Estudios de la Escuela Nacional de Cinematografía. El recurrente entendía que, en la medida en que dicho reglamento reconocía a dicha Escuela la posibilidad de expedir títulos con efectos de capacitación para el ejercicio profesional de las especialidades «sonido» y «técnica de laboratorio», se infringían los preceptos de cierta Ley. El citado Tribunal entendió que la mencionada Escuela debía haberse creado por ley y no mediante una simple orden ministerial, por lo que aquella disposición reglamentaria era nula. No obstante, y «llegado a esta consecuencia, es de ver que la anulación de dicha Orden sólo se solicita,... en cuanto a las especialidades técnicas,... [mencionadas], por lo que en armonía con el limitado pedimento tiene que pronunciarse el fallo». La STS de 2 de abril de 1966 (Ar. 5326) también anuló sólo aquellos preceptos de un reglamento que habían sido impugnados por los recurrentes, pese a que el reglamento adolecía de un vicio de procedimiento que determinaba su invalidez total³⁸⁵.

La STS de 17 de octubre de 1991 (Ar. 7845) anuló en su totalidad una disposición reglamentaria que padecía un vicio —el recurrente no había sido oído en el procedimiento de elaboración de la misma— que determinaba la

invalidez de todo su contenido. Esta Sentencia fue anulada por la de 6 de junio de 1992 (Ar. 10678), resolutoria de un recurso extraordinario de revisión, por haber declarado la invalidez de preceptos no impugnados por el recurrente. Se aducía, en primer lugar, que la falta de correspondencia existente entre la sentencia y lo pedido por el actor suponía una incongruencia prohibida por el legislador³⁸⁶; y, en segundo lugar, que había independencia o «falta de unidad interna» entre los preceptos impugnados por el recurrente y los restantes³⁸⁷. Este último argumento es criticable, puesto que la invalidez de los preceptos «restantes» no había sido causada por su dependencia de los impugnados, por su incapacidad para subsistir legalmente sin ir acompañados de la porción del contenido del reglamento impugnada, que tenía que ser eliminada, sino que se debía a que ellos mismos eran inválidos por haber sido elaborados con infracción de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

La STS de 9 de noviembre de 1994 (Ar. 8674) anuló sólo algunos preceptos de un reglamento por no haberse oído en el procedimiento de elaboración del mismo a la parte actora y por padecer ciertos vicios de contenido. Esta parte pretendía la anulación de la totalidad del contenido del reglamento y, de modo subsidiario, la de los preceptos finalmente anulados. El Tribunal consideró que lo que constituía la verdadera aspiración del recurrente podía verse satisfecha con la anulación de aquellos preceptos y que «tal pronunciamiento debería prevalecer sobre el de la erradicación total de la norma afectada, aunque se haya formulado con carácter subsidiario, por aplicación de los principios de proporcionalidad y conservación susceptibles en este caso en suprimir [sic] los particulares que realmente preocupan al [actor], permitiendo la subsistencia del resto de las disposiciones, sobre el cual su desinterés es patente». La invocación que aquí hace el Tribunal Supremo de los citados principios nos parece desacertada. Como vimos en su momento, el principio de conservación no justifica la validez de una disposición elaborada con omisión del referido trámite³⁸⁸. De otro lado, el Tribunal tampoco razona por qué los costes de anular la totalidad del reglamento son superiores en este caso a los beneficios que la anulación produce. Es más, cabe estimar que el legislador ha ponderado ya dichos costes y beneficios y que, al establecer el carácter preceptivo de la audiencia, ha considerado que el reglamento elaborado con omisión de este trámite debe ser anulado³⁸⁹.

³⁸⁶ Se cita el art. 43 LJ de 1956, antecedente de los dos primeros aps. del art. 33.1 LJ.

³⁸⁷ El articulado del reglamento agrupaba Juzgados de Instrucción para que fueran servidos por un solo médico forense. Sus disposiciones adicionales, las impugnadas por el recurrente, regulaban la provisión de los puestos. Esta STS de 6-6-1992 (Ar. 10678) señala que «sólo la oportunidad hizo que se juntaran en un único texto normativo disposiciones que podrían haberse publicado separadamente».

³⁸⁸ *Vid. supra*, VII.2.A).b).a').

³⁸⁹ Recordemos lo que se dijo del principio de proporcionalidad *supra*, VI.3.C).b).

³⁸⁴ Las SSTs de 23-2-1989 (Ar. 1138) y 6-10-1989 (Ar. 7032) advertían la incoherencia en que incurría el actor al pedir la anulación de sólo parte del contenido de un reglamento alegando vicios que determinarían la invalidez de la totalidad, aunque en ambos supuestos se consideró que el reglamento impugnado no adolecía de tal defecto.

³⁸⁵ Hay que tener en cuenta que, según el TS, tales preceptos padecían además vicios de contenido.

Esta segunda solución resulta insatisfactoria por varias razones. En primer lugar, supone que va a ser un ciudadano el que decida arbitrariamente qué partes de una norma jurídica deben ser consideradas válidas y cuáles inválidas. Éste tendría la posibilidad de mutilar a su antojo un reglamento. Pongamos por ejemplo que una disposición general es inválida por haberse dictado con omisión de cierto informe preceptivo y que un ciudadano impugna sólo aquellos preceptos de la misma que le imponen obligaciones y no los que le otorgan derechos.

En segundo lugar, constituye una solución poco económica. Es muy probable que la porción del reglamento no impugnada sea nula y no adquiera validez por el transcurso del tiempo. El que dicha porción no haya sido anulada con ocasión del «recurso directo», no quita que luego deba ser inaplicable por los Tribunales cuando conozcan de recursos interpuestos contra los actos que la apliquen³⁹⁰ y, a continuación, anulada por el mismo órgano jurisdiccional que ha conocido de estos recursos «indirectos»³⁹¹, o por otro distinto al resolver la cuestión de ilegalidad subsiguiente³⁹². Resolver los llamados «recursos directos» con la anulación de todas las porciones del reglamento recurrido inválidas, hayan sido impugnadas o no, evitaría los costes que supone la tramitación de procesos posteriores que, al fin y al cabo, conducirían a la misma solución.

En tercer lugar, y en estrecha relación con lo que se acaba de decir, se trata de una solución que perjudica a la seguridad jurídica. Este principio está por la «eliminación rápida del reglamento ilegal cuya sola apariencia impone confusión»³⁹³. Cuanto más se demora la anulación de un reglamento inválido, más se perjudica la certeza jurídica y la confianza que eventualmente hayan podido depositar los ciudadanos en la validez del mismo. Como ya quedó apuntado, ello ha sido tenido en cuenta por el legislador español, que ha suprimido la vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo contra reglamentos (art. 107.3 LPC) y ha dispuesto que los procesos en los que se discute en vía principal la validez de un reglamento gozarán de preferencia (arts. 66 y 126.4 LJ).

La tercera solución sería anular los preceptos del reglamento afectados por la invalidez, hayan sido impugnados o no por la parte actora. La STS de 20 de junio de 1986 (Ar. 3581) anula en su totalidad una disposición reglamentaria elaborada sin el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, a pesar de que los recurrentes impugnaban sólo algunos preceptos de la misma³⁹⁴. El Tribunal señala que «la naturaleza del defecto apreciado hace

³⁹⁰ Vid. el art. 26 LJ.

³⁹¹ Vid. los aps. 2 y 3 del art. 27 LJ.

³⁹² Vid. los arts. 27.1 y 123 y ss. LJ.

³⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso...», cit., p. 180.

³⁹⁴ Además, se alegaban vicios de contenido que el TS no entra a considerar.

que la nulidad alcance a toda la disposición general», pero no se plantea el problema de la incongruencia del fallo con las pretensiones de las partes. En cambio, la STS de 17 de diciembre de 1985 (Ar. 6285), después de anular la totalidad de un reglamento viciado de incompetencia y no únicamente uno de sus artículos, como pedía el actor, dice que la «naturaleza de la causa de nulidad de la Orden estimada fuerza a entender que los efectos anulatorios de la misma no pueden limitarse al artículo 2º objeto propio de la impugnación en el recurso, sino que han de alcanzar a la totalidad de la disposición, pues pugna con el sentido y el orden jurídico más elemental el que subsistiera el artículo 1º y único que quedaría de la Orden elaborada con el grave defecto apreciado y se procediera por el cauce debido, a la nueva redacción de lo que es objeto del artículo 2º». Y añade que «ello no desborda la debida congruencia de la sentencia que ordena el artículo 43 LJ³⁹⁵ y el artículo 359 LEC,..., por cuanto aquella extensión es una exigencia ineludible de la pretensión esgrimida y aceptada». Esta última afirmación es discutible. Cuando el recurrente pide la anulación de sólo parte del contenido de un reglamento fundándose en un vicio que produce la invalidez del mismo en su totalidad, no pide implícitamente la anulación de todo el reglamento. Se finge una pretensión que realmente no se ha formulado. Esta ficción oculta los verdaderos criterios de resolución del problema³⁹⁶ y, además, se muestra incapaz de resolverlo en casos como el enjuiciado por la citada STS de 7 de mayo de 1987 (Ar. 3546), donde el recurrente pedía expresamente que se declarara la validez de los preceptos del reglamento por él no impugnados, aunque alegaba un vicio que determinaba la invalidez del reglamento en su totalidad. Dificilmente puede entenderse que el recurrente pedía aquí la nulidad de todos los preceptos del reglamento. En cualquier caso, es obvio que las razones de seguridad jurídica y de economía apuntadas hacen preferir esta solución a las dos anteriores.

Sin embargo, y aunque el Tribunal Supremo parece opinar lo contrario, esta tercera solución choca con el principio dispositivo ya mencionado. La pretensión del recurrente —se pide la anulación parcial del contenido del reglamento— no se corresponde con el fallo de la sentencia —anulación de la totalidad—. El Tribunal modifica, nada más y nada menos, que el objeto procesal propuesto por las partes. Hay que señalar, no obstante, que el

³⁹⁵ Equivalente a los dos primeros aps. del vigente art. 33.3 LJ.

³⁹⁶ Señala LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 257, que «en el contexto de la fundamentación de una sentencia judicial la ficción significa que un elemento del supuesto de hecho, del que el juez deriva una consecuencia jurídica, es fingido, es decir, es declarado por él como presente en el hecho, a pesar de que él sabe, o al menos tenía que serle claro, que de hecho no es así. La jurisprudencia de los tribunales ha operado largo tiempo con declaraciones de voluntad ficticias... La ficción oculta aquí los fundamentos determinantes de la resolución; rebaja la fundamentación a una fundamentación aparente».

principio dispositivo se halla matizado en el proceso contencioso-administrativo³⁹⁷ debido a la indudable presencia del interés público en los asuntos que aquí se enjuician. Y es que el principio dispositivo «se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso»³⁹⁸.

En el Derecho alemán también se ha planteado el mismo problema. El Tribunal Superior Contencioso-administrativo de Manheim ha declarado en un conocido Auto que cuando un vicio produce la invalidez de la totalidad de una ordenanza, hay que anularla por entero, y ello aunque el actor sólo haya impugnado algunos de sus preceptos³⁹⁹. Para justificar esta solución, contraria al principio dispositivo consagrado por el legislador⁴⁰⁰, señalaba dicho Tribunal que el proceso en el que se pide la anulación de un reglamento no sólo cumple una función subjetiva, de protección de los derechos subjetivos de los afectados por el mismo, sino también una función objetiva⁴⁰¹. También entre nosotros se ha destacado este carácter objetivo del recurso contra reglamentos, que «cumple una finalidad purgativa del ordenamiento jurídico de la que puede decirse que es primariamente relevante en interés de la ley antes que en el interés particular de los recurrentes»⁴⁰², que «es un medio enérgico de control jurisdiccional que mira, fundamentalmente, al interés de la ley»⁴⁰³. En definitiva, resulta del todo justificado que el principio dispositivo quede matizado en los procesos en los que se debate la validez de una norma reglamentaria, dada la trascendencia que para el interés público tienen las normas jurídicas. Se trata de un matiz presente en todos los procesos en los que se discute en vía principal la validez de una norma jurídica⁴⁰⁴.

³⁹⁷ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. I, p. 331.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 330.

³⁹⁹ A del OVG de Manheim de 3-3-1983 (DVBl, 1985, pp. 130 y 131, seguido de un comentario de LEMMEL), que enjuiciaba un plan en cuya elaboración había participado un concejal incurso en causa de abstención. En sentido parecido, *vid.* los Autos del BVerwG de 18-7-1989 (BVerwGE 82, pp. 225 y ss., esp. 230 y ss.) y 4-6-1991 (BVerwGE 88, pp. 268 y ss.) que estiman que en determinados supuestos puede anularse una parte inválida del contenido de una ordenanza, aunque el actor no tenga un interés legítimo en la anulación de dicha parte.

⁴⁰⁰ Dicho Auto consideró que el § 88 VwGO, según el cual «el Tribunal no puede ir más allá de lo pedido en la demanda», no era aplicable al recurso contra reglamentos.

⁴⁰¹ Sobre la doble función, subjetiva y objetiva, de este proceso, *vid.* HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., § 19, m. 6; SCHENKE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., pp. 261 y 262.

⁴⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 223. La STS de 11-11-1993 (Ar. 8426) se refiere a la «función mundificante» del ordenamiento que tiene dicho recurso, en cuanto que contribuye a «clarificar el sistema reglamentario vigente».

⁴⁰³ STS de 18-3-1993 (Ar. 1772).

⁴⁰⁴ JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios...*, cit., p. 75, respecto del recurso y cuestión de inconstitucionalidad; URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión...*, cit., p. 18, respecto de la autocuestión de inconstitucionalidad.

En el Derecho alemán, el Tribunal Constitucional Federal puede anular no sólo los preceptos inconstitucionales de una ley impugnados, sino también otros preceptos inconstitucionales de la misma ley en dos supuestos: primero, cuando la inconstitucionalidad de ambos se funda en las mismas razones⁴⁰⁵ y, segundo, cuando la inconstitucionalidad de los preceptos no impugnados deriva de su estrecha relación con los impugnados⁴⁰⁶.

El artículo 39.1 de nuestra LOTC dispone que las sentencias estimatorias dictadas en procesos de inconstitucionalidad anularán no sólo los preceptos impugnados, sino también «aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia»⁴⁰⁷. El mayor problema que plantea la interpretación y aplicación de este precepto es precisar el significado de los términos «conexión» y «consecuencia». Los antecedentes de este artículo en el Derecho comparado y el argumento económico, basado en la hipótesis de un legislador que se presume racional y, por tanto, no redundante⁴⁰⁸, indican que cada uno de los dos términos citados se refiere a un supuesto distinto. A nuestro juicio, este artículo 39.1 asume la solución alemana comentada, al permitir anular no sólo los preceptos recurridos o cuestionados sino también otros de la misma disposición en dos supuestos: cuando ambos grupos de preceptos incurran en el mismo vicio de inconstitucionalidad — extensión de la anulación por «conexión»—; o cuando los segundos incurran en una infracción de la Constitución debido a la invalidez de los primeros — extensión como «consecuencia»—. Así, en virtud de este artículo y de «razones de economía procesal», la STC 27/1985, de 27 de marzo, anuló dos preceptos contenidos en la misma Ley y aquejados de idéntico vicio — infracción del principio de igualdad — a pesar de que la cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar al proceso se había planteado únicamente en relación con uno de ellos. De este modo, dicha Sentencia rechazó implícitamente la tesis, expresada en un voto particular, según la cual «la conexión o consecuencia» a que se refiere el artículo 39.1 mentado *solamente* «hay que verla cuando la inconstitucionalidad de un precepto lleve como consecuencia de la decisión adoptada la nulidad de otros preceptos»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Vid. el § 78.2 BVerfGG.

⁴⁰⁶ Vid. la jurisprudencia del BVerfG, citada por KLEIN, «Der Umfang der Entscheidungsbefugnis der Oberverwaltungsgerichte im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO», *NJW*, 1961, pp. 1612-1613, que, precisamente, se plantea la aplicación del § 78.2 BVerfG y de la citada jurisprudencia al recurso contencioso-administrativo contra reglamentos.

⁴⁰⁷ Sobre la jurisprudencia del TC recaída al respecto, *vid.* GIL CREMADES, «Orden constitucional y actividad de oficio del Tribunal Constitucional», *REDC*, 53, 1998, pp. 99 y ss.; ALMAGRO NOSETTE y SAAVEDRA GALLO, *Justicia...*, cit., p. 252.

⁴⁰⁸ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 397.

⁴⁰⁹ AROZAMENA SIERRA, en su voto particular a la STC 27/1985. En sentido similar, el Letrado del Estado se oponía a la extensión de la anulación en el caso enjuiciado por

La nueva LJ ha establecido una norma claramente inspirada en la mencionada en el párrafo anterior. Su artículo 33.3 ordena que se dará audiencia a las partes durante diez días cuando, «impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos». Este artículo consagra la competencia del Tribunal para anular preceptos de una disposición general que no han sido impugnados por las partes y, de este modo, da respuesta a los casos arriba mencionados, que no habían sido resueltos por la jurisprudencia de manera uniforme. Ahora bien, el enjuiciamiento y, en su caso, la anulación de preceptos de una disposición reglamentaria no impugnados por el actor sólo puede tener lugar en dos supuestos:

En primer lugar, cuando existe una relación de conexión entre la invalidez de los preceptos impugnados y la de aquellos a los que se extiende el enjuiciamiento, es decir, cuando ambos grupos de preceptos son inválidos a causa del mismo vicio. Ambos padecen la misma ilegalidad. El supuesto más frecuente será el de los reglamentos aquejados de vicios de procedimiento.

En segundo lugar, cuando entre la invalidez de los preceptos impugnados y la aquellos a los que se extiende el enjuiciamiento existe una relación de consecuencia. La invalidez y anulación del precepto impugnado determina la invalidez de otros preceptos de la misma disposición general, por ejemplo, porque ya no son capaces de servir aisladamente al fin público para el que fueron dictados, o porque la ley ordena que no puedan dictarse éstos sin ir acompañados de aquél⁴¹⁰.

En cualquier caso, se requiere que los preceptos entre los que exista conexión o consecuencia se encuentren en la misma disposición. Esta restricción supone un cierto menoscabo de los fines de la anulación —seguridad, economía procesal, igualdad, tutela judicial efectiva—, que en determinados supuestos resulta inaceptable. Por ello, el Tribunal Constitucional ha suavizado dicha exigencia, también contenida en el artículo 39.1 LOTC, al extender la anulación del precepto legal impugnado a los de disposiciones posteriores que lo reproduzcan⁴¹¹. Y lo mismo ha hecho la STS de 15 de julio de 2000 (Ar.

la STC 34/1981, de 10 de noviembre, [Antecedente 7.d], al entender que «la conexión contemplada por el art. 39 LOTC se refiere a aquellas normas que carecerían de todo sentido normativo de no contar con el apoyo de la norma anulada».

⁴¹⁰ Vid. al respecto lo que se dijo *supra*, VIII.2.A).b).

⁴¹¹ Vid. la STC 196/1997, de 13 de noviembre (FJ 4), y la 194/2000, de 19 de julio (FJ 11), que dice que «mantener en el ordenamiento preceptos de un Texto refundido reproduciendo preceptos legales declarados inconstitucionales y nulos supone introducir un elemento de inseguridad jurídica que este Tribunal en el marco de sus competencias está llamado a evitar».

7273) en relación con una norma reglamentaria, aduciendo razones de seguridad jurídica.

La LJ sólo contempla expresamente esta extensión para la impugnación directa de reglamentos y la cuestión de ilegalidad (arts. 33.3 y 126.6). Como advierte algún autor⁴¹², el legislador parece haber olvidado que también cabe anular una norma reglamentaria sin que previamente se haya tramitado contra ésta una cuestión de ilegalidad o un recurso directo. El Tribunal que inaplica una disposición inválida con ocasión de un «recurso indirecto» puede en determinados supuestos anularla (art. 27.2 y 3 LJ). No obstante, la citada STS de 15 de julio de 2000 (Ar. 7273) ha entendido que también en este supuesto cabe la extensión. A nuestro juicio, ésta debería producirse en todos los procesos que pueden concluir con la anulación de una disposición general, puesto que existe identidad de razón en todos ellos. En todos estos casos, la extensión favorece a la seguridad jurídica y a la economía y evita la mutilación arbitraria de una disposición general. Ahora bien, dichos procesos deberían reunir ciertas garantías. Lo criticable es que un Tribunal pueda, luego de inaplicar un reglamento, anularlo como permite el legislador español, obviando diversos trámites establecidos en garantía de la seguridad jurídica y del derecho de defensa de los afectados por la norma anulada.

d') La determinación del alcance temporal de la anulación

Ya hemos apuntado que la competencia de los Tribunales contencioso-administrativos para precisar el alcance de los efectos de sus sentencias anulatorias de reglamentos tiene un sólido fundamento. Al determinar con carácter general cuáles de entre las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación del reglamento van a quedar afectadas por la anulación del mismo y cuáles no, lo que hacen los Tribunales es anularlo parcialmente —en la parte que es inválido—. Y no cabe ninguna duda de que aquellos Tribunales son competentes para anular parcialmente los reglamentos parcialmente inválidos⁴¹³. A nuestro juicio, estos pronunciamientos jurisdiccionales son no sólo lícitos, sino también aconsejables en atención a los valores jurídicos que justifican la figura de la anulación.

La anulación de un reglamento X puede hacerse bien mediante un pronunciamiento del tipo «se declara inválida la disposición X», bien delimitando con cierto detalle el ámbito temporal en el que dicha disposición X es inválida, precisando qué situaciones jurídicas deben enjuiciarse de conformidad con lo dispuesto en X y cuáles no. Algo semejante sucede con la derogación de una norma. En ocasiones, el legislador dispone simplemente: «Queda

⁴¹² SANTOS VIJANDE, *El recurso...*, cit., p. 123, n. 131.

⁴¹³ Vid. el art. 71.1.a) LJ y lo que se dijo *supra*, IX.2.D).a).c').

derogada la ley Y». Pero hay veces en las que, además, se encarga de concretar a qué situaciones se aplica la ley derogada y a cuáles otras la ley derogatoria.

En el caso de los pronunciamientos del primer tipo, los operadores jurídicos se verán en la necesidad de precisar cuál es la incidencia que tiene la anulación del reglamento sobre el caso concreto que han de resolver. Y existe el peligro de que las soluciones dadas a este problema por los distintos operadores jurídicos difieran entre sí. Un ejemplo de este tipo de fallos judiciales lo constituye la STC 203/1998, de 15 de octubre, que después de anular ciertos preceptos legales reguladores de los sistemas de selección de personal y de provisión de plazas y puestos de trabajo en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, preceptos desarrollados por un par de reglamentos a su vez aplicados en «numerosas pruebas selectivas y concursos de traslados para la cobertura de varios miles de plazas de las distintas categorías o tipos de personal de las instituciones y centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud»⁴¹⁴, dice que «corresponderá, en su caso, al Tribunal Supremo, determinar cuál haya de ser la eventual incidencia [de la declaración de inconstitucionalidad] sobre los [reglamentos] objeto de los procesos contencioso-administrativos de los que traen causa las cuestiones aquí enjuiciadas» (FJ 5).

Los pronunciamientos del segundo tipo arriba descrito satisfacen mejor que los del primero los valores de certeza jurídica, economía e igualdad a los que debe servir la anulación de las normas jurídicas. El problema expuesto en el párrafo anterior queda aquí resuelto con carácter *erga omnes*. Al delimitar con un cierto grado de detalle el alcance de la declaración general de invalidez del reglamento, se elimina en gran medida la incertidumbre existente acerca de la incidencia que va a tener esa anulación sobre las situaciones jurídicas nacidas al amparo del mismo y se evita una infinidad de procesos en los que se trataría de la validez de cada una de esas situaciones, así como el consiguiente riesgo de sentencias contradictorias y, por tanto, de desigualdades entre los ciudadanos⁴¹⁵.

⁴¹⁴ En palabras de la EM del RD Ley 1/1999, de 8 de enero, dictado, precisamente, como consecuencia de la STC 203/1998.

⁴¹⁵ En sentido similar, FRENZ, «Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen», *DÖV*, 1993, pp. 848 y 849, que justifica la competencia del BVerfG para dictar incluso normas de carácter provisional después de anular una ley, en vez de pronunciar una «simple declaración de inconstitucionalidad». También a favor de esta competencia, PESTOLAZZA, «Noch...», cit., pp. 555 y ss., esp., p. 567; TRZASKALIK, «Zu den Folgen...», cit., p. 2258.

⁴¹⁶ *Vid. supra*, IX.3.A).c).

d) Anulación administrativa

La Ley 4/1999 ha dejado bien claro que las Administraciones públicas pueden revisar de oficio y anular los reglamentos nulos. Cabría cuestionar la justificación de esta posibilidad aduciendo varios argumentos:

Así como la revisión de oficio es el único camino que le queda a la Administración para desconocer sus actos declarativos de derechos inválidos sin acudir a los Tribunales, ésta no necesita revisar las disposiciones generales inválidas que dicta para desconocer sus efectos jurídicos, pues no sólo puede sino que está obligada a inaplicarlas⁴¹⁶.

Además, las Administraciones públicas tienen la posibilidad de derogar sus propios reglamentos. Replican algunos autores que la anulación no es superflua, puesto que ésta produce efectos jurídicos *ex tunc*, mientras que la derogación tiene en principio, carácter *ex nunc*⁴¹⁷. Aquí hay que matizar, puesto que la derogación de una norma favorable a los administrados puede tener efectos jurídicos retroactivos⁴¹⁸, y el pretendido carácter *ex tunc* de la anulación del reglamento quedará normalmente atenuado por la subsistencia de ciertos actos dictados a su amparo⁴¹⁹.

La utilidad de esta revisión residía sobre todo en que, una vez desestimada por la Administración la solicitud de declarar la invalidez de un reglamento, aquélla ofrecía a los ciudadanos la posibilidad de impugnar ante los Tribunales la resolución desestimatoria y pedirles a éstos la anulación del mismo. En el caso de que hubiera transcurrido el plazo para interponer el llamado recurso directo, ésta era, al fin y al cabo, la única vía que les quedaba a los ciudadanos para pretender la anulación jurisdiccional de los reglamentos inválidos. Una vez que la LJ de 1998 ha establecido un mecanismo que permite a los ciudadanos obtener en cualquier momento la anulación jurisdiccional de tales reglamentos sin tener que acudir previamente a la vía administrativa, aquel procedimiento de revisión pierde buena parte de su interés práctico. No es de extrañar que la Ley 4/1999 haya excluido la posibilidad de iniciar este procedimiento de revisión a instancia de parte⁴²⁰.

La anulación administrativa de un reglamento no satisface de manera óptima las finalidades a las que debería servir la anulación de una norma jurídica. Y ello por la razón de que el acto anulatorio es un simple acto jurídico-administrativo, que no goza del valor de cosa juzgada, que todavía puede ser impugnado, y, a su vez, anulado. La duda sobre la invalidez del reglamento

⁴¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, AROZAMENA SIERRA, «Comentario...», cit., pp. 79 y 80; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...», cit.*, t. II, p. 2225; SANTOS VIJANDE, *El recurso...», cit.*, p. 64.

⁴¹⁸ Así se deduce del art. 62.2 LPC interpretado a *sensu contrario*.

⁴¹⁹ *Vid. supra*, IX.2.

⁴²⁰ *Vid.* lo que se dijo *supra*, II.3.C).c).

revisado no queda definitivamente despejada. Es más, se abren algunos interrogantes, como, por ejemplo, el de si es válida la anulación ilegal —v. gr., aquejada de un vicio de procedimiento— de un reglamento inválido.

La principal razón que se esgrime para justificar la anulación administrativa de los reglamentos inválidos es su nulidad: éstos están llamados a ser expulsados en cualquier momento del ordenamiento jurídico⁴²¹. Dicho argumento no dice nada a favor de esta potestad de la Administración. El que los reglamentos nulos deban ser anulados cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su emisión no quiere decir que la Administración pueda anularlos. Aquí lo que se discute es una cuestión de procedimiento y de competencia, no de resultado.

A pesar de todos sus inconvenientes y limitaciones, nos parece que la revisión administrativa de los reglamentos inválidos es todavía útil en la medida en la que permita destruir la apariencia de validez de éstos más rápida y ágilmente que su revisión jurisdiccional. En cualquier caso, aquella plantea algunos problemas de *lege data* que merece la pena abordar.

El primero es el del procedimiento a seguir para revisar y anular la correspondiente disposición. Surge la cuestión de si, además del dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas al que se refiere expresamente el artículo 102.2 LPC, hay que observar todos los trámites que integran el procedimiento de elaboración de la norma que se revisa⁴²². A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa, pues la anulación administrativa de un reglamento supone el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien en sentido negativo. El acto que anula un reglamento es, a su vez, un reglamento, un acto jurídico-administrativo general y abstracto. Así, por ejemplo, para revisar y anular los reglamentos del Gobierno habrá que dar audiencia a los ciudadanos afectados o realizar una información pública, así como insertar el texto del acto anulatorio en el Boletín Oficial del Estado (art. 24 LG).

El segundo problema es el de la validez de la anulación ilegal, por incurrir en un vicio de procedimiento, de un reglamento inválido. La STS de 12 de junio de 1989 (Ar. 4656) declaró inválida una anulación realizada con omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Curiosamente, el Tribunal Supremo convirtió la anulación del reglamento en una derogación del mismo, carente de la «eficacia retroactiva propia de la declaración de nulidad»⁴²³.

⁴²¹ Vid. *supra*, II.3.C).c).

⁴²² Parecido problema se plantea respecto de los actos singulares tras la supresión del primer inciso del art. 102.2 LPC, que disponía que «el procedimiento de revisión de oficio, ..., se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley». GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. II, pp. 2220 y 2331, considera que siguen siendo aplicables las disposiciones de ese Título VI.

⁴²³ Sobre la conversión de los reglamentos, vid. *infra*, XI.

En virtud de los criterios ya expuestos⁴²⁴, la anulación será válida si a pesar de sus defectos cumple todas las finalidades que le marcaba el ordenamiento jurídico. Esto no sucederá, por poner dos ejemplos, cuando se ha omitido el trámite de audiencia a los ciudadanos o la publicación de la declaración de nulidad del reglamento. En cambio, si el vicio afecta a un trámite que persigue únicamente asegurar el acierto de la resolución, ésta tendrá validez cuando pueda constatarse que es la única decisión conforme a Derecho que cabía adoptar y, por lo tanto, la más acertada posible, cuando los Tribunales dispongan de suficientes elementos de juicio para llegar a la conclusión de que el reglamento revisado era nulo de pleno derecho y merecía ser anulado⁴²⁵.

Este razonamiento aduce la STS de 18 de febrero de 1998 (Ar. 1678), que estima válida la declaración de nulidad de un acto administrativo efectuada sin el previo dictamen favorable del Consejo de Estado. En su apoyo cita una reiterada jurisprudencia producida en «casos similares»⁴²⁶. Entre éstos, hay que destacar los supuestos en los que se impugnaban actos denegatorios de solicitudes de indemnización emitidos sin el previo dictamen del Consejo de Estado⁴²⁷. Aquí, el Tribunal Supremo consideraba que debía entrar en el fondo y resolver acerca de la procedencia y cuantía de la indemnización, debido a que disponía de bastantes elementos de juicio para ello y a que declarar una «nulidad de actuaciones» y ordenar a la Administración que tramitara un nuevo procedimiento con el objeto de decidir al respecto hubiese supuesto para el ciudadano lesionado una dilación en la obtención de justicia contraria al principio de economía procesal, y para la Administración infractora, un beneficio obtenido de su propia torpeza⁴²⁸.

Sin embargo, el supuesto de la declaración de nulidad de un acto administrativo no es exactamente igual, pues aquí el dictamen del Consejo de Estado tiene carácter vinculante⁴²⁹ o, como dice algún autor, «obstativo»⁴³⁰. En cualquier caso, lo decisivo es la finalidad del trámite. Si se entiende que ésta consiste únicamente en asegurar el acierto y la legalidad del acto adoptado, hay que aplaudir a la citada Sentencia de 18 de febrero de 1998.

⁴²⁴ Vid. *supra*, VII.2.b).

⁴²⁵ En sentido similar, GARCÍA ÁLVAREZ, *Función...*, cit., pp. 103 y ss., esp. 114.

⁴²⁶ La similitud es muy discutible respecto de los casos resueltos por las SSTs de 21-10-1986 (Ar. 5498) y 13-5-1988 (Ar. 3752), en los que no se había omitido el dictamen citado, y por la de 20-10-1988 (Ar. 8029), que consideraba que la falta de ese informe en el procedimiento de elaboración de un reglamento no producía su invalidez, doctrina luego abandonada por el TS.

⁴²⁷ Vid. las SSTs de 2-2-1980 (Ar. 743) y 3-2-1989 (Ar. 809).

⁴²⁸ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 21-9-1994 (Ar. 7039) y 28-4-1998 (Ar. 4065).

⁴²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. II, p. 483.

⁴³⁰ PÉREZ HERNÁNDEZ, «El Consejo de Estado», *Estudios Administrativos del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios*, 26, 1965, p. 19.

X. LA CONVALIDACIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

1. CONCEPTO

Como ha señalado BELADIEZ ROJO, la convalidación «ha sido definida y calificada de las formas más diversas», y el estudio de esta figura jurídica la primera impresión que causa es la de «una enorme confusión tanto conceptual como terminológica»¹. Siguiendo a esta autora, a nosotros nos parece que debería definirse la convalidación como el «resultado que se produce cuando un acto inválido adquiere validez»². Algunas veces se utiliza esta expresión para referirse al acto «mediante el que se elimina el defecto existente en un acto anterior» inválido³, pero creemos que resulta más correcto llamar subsanación a este modo de adquisición de validez de un acto y emplear el término convalidación en el sentido antes expuesto⁴.

Debe subrayarse que lo que va a convalidarse no es en realidad un acto, sino la regulación que éste contiene, los efectos jurídicos queridos por la declaración de voluntad administrativa en que el acto consiste. La convalidación de un reglamento inválido consiste, pues, en la adquisición de validez de una determinada regulación jurídica abstracta y general.

La convalidación puede haber sido producida por diversas causas⁵, que pueden agruparse en dos: la emanación de un acto jurídico y la verificación de un hecho jurídico (en sentido estricto)⁶. Nosotros vamos a estudiar únicamente las convalidaciones de reglamentos ocasionadas por su subsanación, por una norma con fuerza de ley y por la falta de impugnación de los mismos dentro de un cierto periodo de tiempo. Pero antes de adentrarnos en dicho estudio conviene precisar por qué es valiosa para el Derecho la convalidación de una disposición reglamentaria.

¹ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 189 y ss.

² *Ibídem*, p. 193.

³ MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 375; *vid.*, también, GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., t. I, p. 495.

⁴ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 199 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 472.

⁵ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 191 y 192.

⁶ *Vid.* ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, pp. 227 y 228; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 473.

2. JUSTIFICACIÓN

La adquisición de validez de un acto jurídico puede favorecer a diversos valores y principios jurídicos así como perjudicar a otros. La convalidación está justificada cuando los beneficios que para estos principios y valores representa la misma son superiores a los perjuicios que ésta les ocasiona. Esos beneficios y costes están en función, entre otras circunstancias, de la causa que determina la convalidación. Así, por ejemplo, la convalidación de un acto administrativo por la falta de impugnación del mismo dentro de un determinado plazo favorece normalmente a la seguridad jurídica en su aspecto de estabilidad, pero menoscaba el principio de legalidad. En cambio, su convalidación mediante subsanación beneficia igualmente a la seguridad sin perjudicar al principio de legalidad. Es por ello que la justificación de la convalidación de los reglamentos ha de estudiarse cuando se traten las diversas causas que pueden ocasionarla.

Sin embargo, debe destacarse que la adquisición de validez de un reglamento sirve a la seguridad jurídica, en su vertiente de certeza, estabilidad y continuidad, con independencia de la causa que haya determinado la convalidación. Lo que interesa a este valor jurídico es que el reglamento se conserve, que los efectos que haya producido o deba producir no sean eliminados. Ya conocemos las consecuencias perjudiciales que para la seguridad puede tener la invalidez de una disposición reglamentaria⁷. Salta a la vista que dichos perjuicios se evitan si, en vez de considerar inválida a la disposición, se la tiene por válida.

Como la causa determinante de la convalidación es indiferente para el valor jurídico de seguridad-estabilidad, los distintos medios a través de los cuales se puede convalidar un reglamento tienen cierto grado de fungibilidad a la hora de satisfacer las exigencias de dicho valor. Obsérvese, por ejemplo, que la relativa facilidad con la que en el Derecho español ciertos reglamentos se convalidan por el mero transcurso del tiempo viene acompañada por la escasez de ocasiones en las que son subsanados. Por el contrario, la importancia práctica de la subsanación de los reglamentos en el Derecho alemán es cuantitativamente mayor que la que tiene en el nuestro, lo que contrasta con la circunstancia de que los requisitos que aquel ordenamiento jurídico establece para que un reglamento se convalide por el simple transcurso del tiempo son mucho más rigurosos que los fijados en nuestro país.

Ello no quiere decir que los medios a través de los cuales se puede producir la convalidación sean totalmente fungibles a la hora de servir a este principio. Hay reglamentos nulos e insubsanables que sólo mediante una intervención legislativa pueden ser convalidados. La ventaja de la subsanación reside en

su rapidez; normalmente son pocos los trámites que hay que llevar a cabo para subsanar un acto administrativo. Y la convalidación de un reglamento debida al tiempo transcurrido sin que nadie haya cuestionado su validez sirve a la seguridad en aquellos casos en los que ni la Administración ni el legislador, por cualquier razón, deciden subsanarlo o convalidarlo.

Entre la convalidación y otras figuras como, por ejemplo, la anulación parcial —v. gr., *ex nunc*— del reglamento también existe una cierta relación de fungibilidad, por cuanto todas ellas favorecen la seguridad jurídica⁸. Así, la tradición francesa de atribuir un carácter absolutamente retroactivo a la anulación de un acto administrativo, «sin que el Juez pueda, contrariamente a la solución adoptada en otros sistemas jurídicos, ..., restringir los efectos de su decisión para el pasado al objeto de preservar la estabilidad de las situaciones jurídicas constituidas», explica en gran medida la extraordinaria importancia práctica que las convalidaciones legislativas tienen en el país vecino⁹.

3. LA SUBSANACIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

A) Concepto

A pesar de los diferentes términos con los que se designa a esta figura, existe cierta coincidencia entre la doctrina española a la hora de definir la subsanación de los actos administrativos. La subsanación consiste en un acto administrativo¹⁰, mediante el que se «elimina»¹¹, «depura» o «corrige»¹² el vicio de que adolecía un acto anterior inválido, manteniendo intacto el contenido del mismo¹³. Estas definiciones sufren de cierta imprecisión porque no explican en qué consiste la «depuración», «corrección» o «eliminación» del vicio de un acto.

⁸ Vid. *supra*, VIII.2.B), IX.2.D).a).c) y IX.3.B).c).d).

⁹ Así lo advierte PRÉTOT, en «Notes de jurisprudence», *RDSP*, 1996, p. 1155, y en «Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme», *RDSP*, 1998, p. 11.

¹⁰ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 211; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III., p. 474. Algunos autores hablan de convalidación en vez de subsanación (GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1639; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, p. 375).

¹¹ MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II., p. 375, que en la p. 273 dice que «no es nunca la sustitución de un acto por otro, sino el simple retoque de un acto anterior».

¹² Estas dos expresiones y la anterior son utilizadas por BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 200 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III., pp. 474 y ss. También BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., p. 144, y BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 371, hablan de corrección.

¹³ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III., p. 474; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 200 y ss., aunque esta autora identifica el acto con su contenido, por ejemplo, cuando dice

⁷ Vid. *supra*, VI.3.B).c).

Todo acto administrativo contiene una regulación jurídica. Si la subsanación de un acto administrativo consiste en otro acto administrativo que deja intacto el contenido inválido de aquél, es porque el contenido de ambos actos coincide, si bien el del acto subsanador es válido y el del acto anterior no. Va de suyo que dicho contenido es en sí mismo legal¹⁴; lo que sucede es que en un primer momento había sido establecido por una declaración de voluntad que no reunía los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para valer —v. gr., había sido emitida por un órgano incompetente o se había formado sin seguir el procedimiento legalmente establecido—. La subsanación consiste en establecer de nuevo dicha regulación a través de una declaración de voluntad esta vez libre de vicios.

Son dos, pues, los elementos que definen a la subsanación de un acto administrativo. El primero es que dicha subsanación consiste en la emisión de un acto administrativo válido. Aquí existe, como hemos visto, cierta coincidencia de opiniones entre la doctrina. El segundo elemento conceptual es que dicho acto contiene exactamente la misma regulación que uno anterior inválido. Sin embargo, aquí hay que matizar. Para que el acto «subsanador» tenga el mismo contenido que el «subsanable»¹⁵ no sólo se requiere que ambos actos establezcan idénticos efectos jurídicos, sino también que estos últimos tengan el mismo ámbito de validez temporal. Esto es completamente lógico, porque el «dominio de validez temporal» de un acto jurídico es parte esencial de su contenido¹⁶. Si, como normalmente suele ocurrir, el acto administrativo subsanable pretendía producir efectos a partir de la fecha en que se dictó, el posterior acto subsanador sólo podrá tener el mismo contenido que aquél cuando retrotraiga sus efectos a ese mismo momento.

Cabe que el Derecho prohíba en algún caso que el acto posterior tenga eficacia retroactiva, y que éste deba limitarse, por lo tanto, a producir efectos *ex nunc*. Hay quien habla entonces de una subsanación que excepcionalmente no tiene alcance retroactivo¹⁷. Hay quien dice, incluso, que la subsanación por regla general tiene efectos *ex nunc*¹⁸. A nosotros nos parece que en estos casos lo que se ha producido es, en realidad, una convalidación parcial del acto en cuestión; sólo una parte de sus efectos jurídicos adquieren validez.

que la subsanación exige que «el defecto debe corregirse conservando el acto administrativo que lo poseía» (p. 200). A nuestro juicio, lo que se convalida es, en realidad, el contenido del acto.

¹⁴ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 221.

¹⁵ Así denominan a estos dos actos BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 211 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 478 y 479.

¹⁶ Vid. KELSEN, *Teoría...*, cit., p. 26, aunque este autor habla de norma en vez de acto jurídico.

¹⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 222 y ss.

¹⁸ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 98; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., p. 149. En contra, SACHS, «§ 45», en ob. cit., p. 1275.

B) Fundamento

No hay preceptos en nuestra legislación que regulen específicamente la subsanación de las disposiciones reglamentarias. El artículo 67 LPC regula únicamente la de los actos [de las Administraciones públicas]. A pesar de ello, ninguna duda cabe que éstas últimas pueden subsanar sus reglamentos inválidos. No sólo porque los reglamentos son actos jurídico-administrativos y pueden entenderse comprendidos en el ámbito de aplicación del citado artículo, sino también porque otros principios y normas prestan un sólido fundamento a dicha subsanación.

Parte de la doctrina estima que la subsanación de los actos administrativos se fundamenta en el principio de conservación¹⁹. «Si este principio obliga a conservar todos aquellos actos que sean capaces de cumplir válidamente su finalidad práctica, impondrá también la obligación de corregir los defectos en los que éstos incurran cuando mediante esa corrección el acto pueda cumplir dicha finalidad sin infringir el ordenamiento jurídico»²⁰. Pero este razonamiento no nos parece convincente, porque, como acaba por reconocer incluso la autora del mismo, la Administración ni siquiera por regla general está obligada a subsanar sus actos inválidos²¹. Y mucho menos cuando se trata de disposiciones reglamentarias, porque la emisión de un reglamento —en eso consiste la subsanación de uno inválido— es, en principio, una decisión discrecional²². En definitiva, el principio de conservación ni impone ni fundamenta la subsanación de los reglamentos inválidos.

La subsanación de los reglamentos válidos se fundamenta primero que nada, en el carácter «inagotable» de la potestad reglamentaria, que se justifica, a su vez, en la legitimación democrática de la Administración y en la llamada cláusula de Estado Social²³. La subsanación de un reglamento ya

¹⁹ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 222, 236, aunque luego dice que «la potestad de subsanación es una concreta manifestación de la genérica potestad de autotutela» (p. 237); ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, p. 227; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 636; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, pp. 373 y 375; VILLAR PALASÍ Y VILLAR EZCURRA, *Principios...*, cit., t. II, pp. 156 y 160.

²⁰ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 236, aunque en p. 237 dice que esta obligación «tiene su razón de ser en el principio de legalidad», opinión que comparte CHINCHILLA, «Nulidad...», cit., p. 212.

²¹ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 239. Según, ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, p. 228, «las declaraciones administrativas en cuya virtud se convalidan los actos anulables tienen carácter discrecional».

²² Vid. lo que se dirá *infra*, X.3.C).

²³ El fundamento del carácter «inagotable» de la potestad legislativa —sobre el que puede verse DIEZ-PICAZO, L. M.⁸, *La derogación...*, cit., pp. 75 y ss., esp. 102 y ss.— viene a ser el mismo que el del carácter inagotable de la potestad reglamentaria. HECKMANN, *Geltungskraft...*, cit., pp. 161 y 205 y ss., también sostiene que la regla *lex posterior derogat legi priori* deriva del principio democrático.

vimos que consiste en la emisión de uno posterior y, en principio, la Administración siempre puede sustituir los reglamentos que ha dictado por otros nuevos. Nada impide que pueda volver a dictar una disposición reglamentaria con el mismo contenido —legal— que el de otra anterior inválida²⁴. Como ha dicho el Tribunal Supremo, resultaría «de lo más absurdo sostener que un vicio de [por ejemplo] procedimiento en una determinada norma congela para el futuro toda posibilidad de reparación por normativa del mismo rango,... Si los vicios de procedimiento por lo general son reparables,..., con mucha más razón ello debe ocurrir en el de elaboración de disposiciones de carácter general, si no se quiere cegar la fuente de que emana el poder reglamentario de la Administración»²⁵.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el reglamento «subsanzador» normalmente pretenderá tener efectos retroactivos. Pues bien, algunos principios jurídicos pueden justificar dicha retroactividad en determinadas circunstancias.

C) La obligación de subsanar

La decisión de subsanar o no un reglamento es, en principio, discrecional, porque la Administración goza, en principio, de discrecionalidad a la hora de dictar sus disposiciones reglamentarias, y la subsanación de un reglamento no es otra cosa que la emisión de uno nuevo con el mismo contenido. Para que fuese obligatoria la subsanación, la Administración tendría que estar obligada a adoptar el nuevo reglamento con un determinado contenido²⁶, lo que difícilmente ocurrirá. La Administración puede estar obligada a ejercer su potestad reglamentaria²⁷, pero resulta bastante raro que deba dictar una norma con un contenido absolutamente predeterminado por el ordenamiento jurídico²⁸.

²⁴ En este sentido, *vid.* la STS de 19-4-1995 (Ar. 4471), que considera válido un reglamento con el mismo contenido que otro anterior anulado por vicios de forma.

²⁵ STS de 4-5-1989 (Ar. 3649), que desestima el recurso contra un acto de aplicación de un reglamento elaborado previo dictamen del Consejo de Estado y que era un «texto de refundición» de un reglamento anterior en cuya elaboración faltaba dicho dictamen, lo que —según el recurrente— «arrastraba» la ilegalidad del texto reglamentario posterior.

²⁶ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 239, dice que «la Administración estará obligada a subsanar cuando el vicio sea subsanable y el contenido del acto no hubiera podido ser distinto en el caso de que se hubiese dictado correctamente».

²⁷ *Vid.* GÓMEZ PUENTE, *La inactividad...*, cit., pp. 299 y ss.

²⁸ De ahí que el art. 71.2 LJ disponga 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».

Ahora bien, ello no quita que la Administración responda patrimonialmente de las lesiones ocasionadas por la defraudación de la confianza legítima depositada en la validez del reglamento no subsanado²⁹.

D) Vicios subsanables

Los vicios de contenido de un reglamento son por definición insubsanables, porque no se puede dar validez a una regulación administrativa ilegal por el mero hecho de dictarla posteriormente a través de una nueva declaración de voluntad administrativa. De lo establecido por el legislador y de cierta jurisprudencia se desprende que también otros vicios en los que puede incurrir una disposición reglamentaria son insubsanables.

a) Vicios de nulidad

La interpretación *a sensu contrario* del artículo 67.1 LPC³⁰ da a entender que sólo los actos administrativos anulables pueden ser subsanados. Según esta interpretación, el legislador español, lo mismo que el alemán³¹, habría asumido el viejo lugar común de que los actos nulos no pueden ser subsanados o convalidados. Diversos autores consideran que esta regla no es una consecuencia lógica del régimen de nulidad³², aunque también hay quien la sigue defendiendo³³. Para criticarla se argumenta que también pueden ser remediados los vicios que hacen nulo a un acto administrativo³⁴ y que, si éste es el caso, carece de lógica prohibir la subsanación de los mismos³⁵. De hecho,

²⁹ La STS de 15-11-1994 (Ar. 8816) condena a la Administración a indemnizar a varios ciudadanos que, confiados en la obligatoriedad de un reglamento, realizaron diversos gastos que devinieron inútiles como consecuencia de la anulación y no subsanación de éste.

³⁰ «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan».

³¹ *Vid.* el § 45.1 VwVfG e *infra*, III.1.

³² BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 242 y ss.; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III., pp. 477 y 478; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 180 y ss.

³³ JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, cit., pp. 170 y 171, estima que incluso de *lege ferenda* cuesta admitir la «convalidación» de los actos nulos; y pone el ejemplo de los actos de contenido imposible o constitutivos de infracción penal. Pero la imposibilidad de subsanar estos actos se debe únicamente a que su contenido es ilegal; y los actos de contenido ilegal, ya sean anulables o nulos, no pueden ser subsanados.

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 180 y ss.

³⁵ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 242 y ss., que critica con detalle los argumentos que tradicionalmente se emplean para justificar esta prohibición; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 375.

podemos encontrar varios ejemplos de convalidación de actos nulos tanto en el Derecho público³⁶, como en el privado³⁷.

Para determinar la interpretación que haya que dar al citado precepto legal, conviene tener en cuenta no sólo lo que se desprende de su tenor literal, sino también las normas y principios que fundamentan la figura de la subsanación.

Centrándonos en la subsanación de las disposiciones reglamentarias, resulta evidente que los vicios de las mismas siempre pueden ser «corregidos», porque ya vimos que, en principio, la potestad reglamentaria es «inagotable». Si cierta regulación jurídica abstracta y general —el contenido de un reglamento— es en sí misma legal, la Administración siempre podrá volver a establecerla a través de una declaración de voluntad libre de cualquier vicio. La circunstancia de que dicha regulación fuese nula —por ejemplo, por haber sido dictada por un órgano incompetente, o no haberse publicado— o anulable —por ejemplo, debido a la omisión en su procedimiento de elaboración de un informe preceptivo— no impide que posteriormente el órgano competente pueda establecerla después de observar todos los trámites que le marca el Derecho. Llevan razón los autores que afirman que, si el vicio puede ser «corregido», no tiene sentido prohibir la subsanación. Interpretar el artículo 67.1 citado en el sentido de que los vicios de procedimiento o de incompetencia que hacen nula a una determinada norma congelan para el futuro toda posibilidad de que el órgano competente la adopte después de haber observado el procedimiento correspondiente no sólo resultaría absurdo³⁸, sino que acarrearía la inconstitucionalidad de dicho precepto por ser contrario a la cláusula del Estado democrático y social.

No obstante, ya quedó expuesto que normalmente el reglamento subsanador pretenderá tener efectos retroactivos. Pues bien, podría interpretarse el referido artículo 67.1 en el sentido de que, cuando dicho precepto excluye la posibilidad de subsanar los reglamentos nulos, no está prohibiendo que la Administración dicte un reglamento con el mismo contenido —legal en sí mismo— que el de otro anterior inválido, sino que lo que establece es que, si éste último reglamento era nulo de pleno derecho, el nuevo no puede tener efectos retroactivos. El artículo 67.1 LJ permitiría la corrección del vicio que padecía una disposición reglamentaria nula. Permitiría que se dictara una nueva disposición sustitutiva de la nula y que el contenido de ambas —legal— fuese el mismo salvo en lo que se refiere a su respectivo dominio temporal de

validez. Lo que dicho precepto legislativo prohibiría es la retroactividad de los reglamentos que tienen el «mismo» contenido que otros anteriores aquejados de vicios de nulidad. Para enjuiciar si ésta es una interpretación razonable y fundada de ese artículo 67.1, habría que estudiar si, de acuerdo con las normas y principios que regulan la retroactividad de las normas reglamentarias, resulta justificada aquella prohibición. Más adelante volveremos sobre este problema³⁹.

b) Omisión de informes preceptivos

El Tribunal Supremo ha dicho en infinidad de ocasiones que la omisión de un informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria es un vicio *insubsanable* que provoca la nulidad de la misma⁴⁰. Esta misma doctrina contiene un Dictamen del Consejo de Estado relativo a una norma reglamentaria ya adoptada: la emisión tardía del informe no puede convalidar dicha norma⁴¹. Se trata, sin embargo, de una doctrina que no tiene justificación alguna y que, incluso, ha quedado desmentida por aquel Tribunal cuando ha tenido que resolver sobre la posibilidad de subsanar tales vicios.

Hay que señalar, en primer lugar, que en la mayoría de las ocasiones se trataba de una afirmación retórica e innecesaria. En la mayoría de los casos, el correspondiente informe preceptivo había sido omitido sin que la Administración hubiera siquiera intentado subsanarlo posteriormente⁴². Para anular el reglamento inválido, el Tribunal Supremo no necesitaba decir que dicho vicio era «insubsanable» o «de naturaleza absoluta»⁴³ o que producía la «nulidad»⁴⁴. No es correcto identificar un vicio que produce la invalidez con un vicio insubsanable o uno que determina la nulidad. Estas superfluas e incorrectas afirmaciones, aunque podría pensarse que aumentan el crédito y la *auctoritas* de la decisión judicial de anular el correspondiente reglamento inválido, lo único que hacen es producir confusión.

A veces, también se emplea incorrectamente la palabra «subsana» en vez de «sustituir». En lugar de decir que un dictamen preceptivo no puede legalmente ser sustituido por otro, se dice que no puede ser subsanado por otro⁴⁵.

³⁶ Vid. SESMA SÁNCHEZ, «La aparente nulidad de los gastos contraindicios sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa», *REDF*, 101, 1999, pp. 43 y ss.

³⁷ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., pp. 485 y 486.

³⁸ Vid. la STS de 4-5-1989 (Ar. 3649).

³⁹ Vid. *infra*, X.3.F).b).b).a').

⁴⁰ Vid., entre otras muchas, las SSTs de 22-4-1974 (Ar. 1921), 22-10-1981 (Ar. 4634), 10-12-1982 (Ar. 7955), 4-7-1987 (Ar. 5504), 9-6-1986 (Ar. 6758), 23-10-1987 (Ar. 7394), 10-5-1989 (Ar. 3744/1992), 23-12-1991 (Ar. 302/1992), 20-7-1992 (Ar. 6514) y 19-10-1992 (Ar. 3882).

⁴¹ DCE de 14-5-1997 (RDL 23).

⁴² Vid., por ejemplo, las SSTs de 9-6-1986 (Ar. 6758) y 20-7-1992 (Ar. 6514).

⁴³ Vid. la STS de 14-5-1985 (Ar. 2353).

⁴⁴ Vid. la STS de 4-7-1987 (Ar. 5504).

⁴⁵ Vid. la STS de 14-5-1985 (Ar. 2353).

Cabría estimar que el ya derogado artículo 53.5 LPA de 1958 prestaba fundamento legal a la referida doctrina, pues se ha dicho que este artículo excluía la posibilidad de subsanar la omisión de estos informes⁴⁶. Ésta es una interpretación desacertada del mismo, porque lo que en verdad prohibía dicho precepto era que el acto viciado pudiera ser subsanado por el mero hecho de la emisión del informe omitido con posterioridad a la resolución⁴⁷. El mencionado artículo 53.5 no prohibía la subsanación de los actos administrativos elaborados con omisión de un dictamen preceptivo, sino sólo que éstos pudiesen ser subsanados mediante la simple emisión tardía del dictamen⁴⁸. Pero esto es del todo lógico y se deduce ya de la propia naturaleza de las cosas, como veremos al tratar del procedimiento de elaboración del reglamento subsanador⁴⁹. Tal vez por ello la LPC ha derogado esta malinterpretada disposición legislativa que, en realidad, sólo tenía un significado aclaratorio. De hecho, el propio Tribunal Supremo admitió en alguna ocasión la subsanación del reglamento en cuyo procedimiento de elaboración faltaba un dictamen preceptivo. Así, su STS de 25 de abril de 1964 (Ar. 1932) desestima la pretensión de anular totalmente cierta disposición general en cuya elaboración había sido omitido el informe de cierta Subsecretaría, pues este órgano había intervenido posteriormente en la resolución del recurso de reposición interpuesto contra dicha disposición. En cualquier caso, la derogación del artículo 53.5 LPA deja claro que tales vicios pueden ser subsanados⁵⁰.

Nada impide que la Administración pueda volver a dictar un reglamento libre de cualquier vicio y con el mismo contenido que uno anterior en cuyo procedimiento de elaboración se había omitido un informe preceptivo.

E) Límites temporales de la subsanación

Aquí se plantea el problema de si existe un límite temporal a partir del cual ya no le es posible a la Administración subsanar sus reglamentos inválidos.

⁴⁶ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 248 y 249; GARCÍA ÁLVAREZ, *Función...*, cit., p. 50; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1641.

⁴⁷ En efecto, el art. 53.4 LPA —hoy, art. 67.4 LPC— permitía que, si el vicio consistía en la falta de autorización, el acto pudiese ser subsanado mediante el simple otorgamiento de la misma por el órgano competente. El art. 53.5 LPA lo único que decía era que lo dispuesto para la subsanación de la autorización «no será aplicable a los casos de omisión de informes o propuestas preceptivos».

⁴⁸ Como dice la STS de 15-11-1983 (Ar. 5775), la emisión del informe con posterioridad a la adopción y publicación de un reglamento *no es suficiente* para su convalidación.

⁴⁹ *Vid. infra*, X.3.G).a).

⁵⁰ STSJ de Canarias de 27-1-1999 (Ar. 616) y LONGAS LAFUENTE, «La convalidación de la omisión del acto de fiscalización previa o intervención crítica: régimen jurídico», *REDF*, 1995, pp. 83 y ss., que, además, da otras razones justificativas de la subsanación.

a) Subsanación de un reglamento cuya anulación se pretende en un proceso pendiente

El legislador alemán permite desde 1996 que los actos administrativos que padecen vicios como el de la falta de motivación o el de haber sido dictados sin oír previamente al interesado puedan ser subsanados hasta la conclusión del proceso contencioso-administrativo. Ésta es, sin duda, una de las disposiciones legislativas que más numerosas y duras críticas ha recibido por parte de la reciente doctrina iusadministrativista alemana⁵¹. No obstante, buena parte de estas críticas ha venido propiciada por una inexacta concepción de la subsanación de los actos administrativos. Y es que ésta no consiste en la corrección del vicio que hacía inválido a cierto acto⁵², sino en la emisión de un acto nuevo. Pues bien, no se acaba de entender por qué dicha «novedad» legislativa ha levantado tanta polémica, cuando anteriormente se venía admitiendo con toda normalidad que la Administración modificara o reemplazara un acto administrativo impugnado en un proceso pendiente⁵³.

Como veremos posteriormente, la Administración debe llevar a cabo una serie de trámites para dictar el acto subsanador. En ocasiones tendrá, incluso, que volver a adoptar una nueva resolución⁵⁴. La cuestión estriba en determinar si dichos trámites aún pueden llevarse a cabo cuando pende un proceso en el que se impugna el acto que se trata de subsanar.

También algún autor español se ha ocupado de este problema, sobre el que nuestro legislador calla. BELADIEZ ROJO estima que «la Administración, al no tener ya la posibilidad de emitir una resolución distinta a la recurrida, sólo podrá subsanar aquellos defectos,..., que no introduzcan ningún dato nuevo que la Administración hubiera debido tener en cuenta en el momento de dictar la resolución recurrida»⁵⁵. No obstante, este razonamiento parte de una premisa —la Administración ya no puede revisar los actos que han sido recurridos ante los Tribunales— que no se demuestra y que es, precisamente, la clave para resolver esta cuestión. Aquí habría que notar que el Consejo de Estado ha dictaminado que no puede revisarse de oficio un acto administrativo mientras pende la resolución de un proceso en el que se pretendía la anulación del mismo⁵⁶.

⁵¹ *Vid.* el § 45.2 VwVfG y lo dicho *supra*, III.5.C). a). d').

⁵² Como estima, por ejemplo, HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 595.

⁵³ *Vid.*, al respecto, PREUSCHE, «Zum Ändern...», cit., *in toto*.

⁵⁴ *Vid.* lo que se dirá *infra*, X.3.G).a), sobre el procedimiento de elaboración del reglamento subsanador.

⁵⁵ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 233; *vid.* también las pp. 226 y ss.

⁵⁶ DCE de 26-10-1995 (RDL 66): «La excepción de litispendencia puede ser alegada, y debe prosperar, en los procedimientos de revisión de oficio, siempre que resulte acreditado que,..., sobre la legalidad del acto cuya revisión de oficio se pretende, se

No vamos a abordar el problema en relación con los actos administrativos singulares. Lo que está claro es que la Administración siempre puede derogar sus propias disposiciones generales, hayan sido impugnadas o no. Nada impide que se elabore y se dicte un reglamento que sustituya a otro cuya anulación se pretende en un proceso pendiente⁵⁷, ni que el nuevo reglamento tenga el mismo contenido, ajustado a Derecho, que el anterior⁵⁸. En principio, la Administración puede subsanar las disposiciones reglamentarias ya recurridas ante los Tribunales. Por ello resulta criticable que el Consejo de Estado se haya negado alguna vez a dictaminar sobre la legalidad de una disposición reglamentaria que se hallaba *sub iudice*, y cuya eficacia se había suspendido cautelarmente porque aparentemente se había omitido dicho dictamen en el procedimiento de elaboración de la norma. Este órgano consultivo argumentaba, en primer lugar, que dicho vicio no es subsanable *a posteriori*, afirmación rechazable. En segundo lugar, estimaba que «el Consejo de Estado no puede en supuestos como éste pronunciarse, sin quebrantar los principios del Estado de Derecho, en una cuestión que está *sub iudice*»⁵⁹. Tampoco este último es un argumento acertado. El que dicho órgano consultivo emita su parecer sobre la legalidad y acierto de una disposición reglamentaria ni interfiere ni menoscaba el ejercicio de la potestad jurisdiccional que tienen atribuida los Jueces y Tribunales. Es más, puede resultar conveniente que, para evitar el «vacío normativo» que produce la suspensión cautelar⁶⁰ o, en su caso, la anulación de una norma, la Administración se apresure a dictar otro reglamento —esta vez, conforme con el Derecho— cuya elaboración requerirá evidentemente del trámite ilegalmente omitido con anterioridad. Ninguna razón de peso justifica que el Consejo de Estado se niegue a evacuar entonces su dictamen. Lo único que hace esta negativa es retrasar la emisión de un reglamento totalmente ajustado a Derecho en su contenido y prolongar la desatención de ciertos intereses públicos dignos de protección a los que dicha norma daba cobertura.

halle pendiente resolución de un proceso ante los Tribunales». Ha criticado esta doctrina JORDANO FRAGA, *Nullidad...*, cit., p. 118, apoyándose en el art. 90 LJ de 1956, equivalente al art. 76 de la vigente LJ.

⁵⁷ Por ejemplo, el RD 1614/1985, derogado por el RD 2200/1995, mientras se tramitaba el proceso resuelto por la STS de 2-6-1997 (Ar. 4922), que anuló el RD mencionado en primer lugar. Es el caso, también, del reglamento enjuiciado en la STS de 9-11-1994 (Ar. 8674).

⁵⁸ Vid. la STS de 19-4-1995 (Ar. 4471), que estima válido cierto proyecto de urbanización dictado mientras pendía la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que anulaba un proyecto anterior de idéntico contenido. En el mismo sentido, DE ASIS ROIG, «El tiempo...», cit., p. 231.

⁵⁹ DCE de 9-3-1995 (RDL 28).

⁶⁰ Vid. la STS de 17-10-1995 (Ar. 7295), que deniega la suspensión de cierta disposición en atención al elevado número de contribuyentes a la que la misma alcanza y a la merma de ingresos que para el Tesoro supondría esta medida cautelar.

No obstante, conviene dar cuenta de algunas razones que se suelen ofrecer para fundamentar la imposibilidad de subsanar los actos administrativos cuya anulación se pretende en un proceso pendiente, y que podrían ser utilizadas igualmente para intentar justificar la prohibición de subsanar los reglamentos que se hallan en la misma situación.

Se ha dicho que la persona que impugna un acto administrativo inválido obtiene el derecho a su anulación⁶¹. Pero que el recurrente goce de este derecho —afirmación discutible⁶²— no dice nada a favor o en contra de la posibilidad de dictar un nuevo acto con el mismo contenido que el anterior inválido. Que el recurrente tenga derecho a obtener la anulación de este último, no implica que tenga también derecho a impedir que se dicte el acto subsanador.

Algún autor defiende la imposibilidad de subsanar un acto cuya anulación se pretende en un proceso pendiente con el argumento de que ha de enjuiciarse dicho acto tal y como fue impugnado, sin tomar en cuenta las modificaciones que haya sufrido posteriormente⁶³. Este argumento es tan poco convincente como el expuesto en el párrafo anterior. Ambos parten de una premisa —la subsanación de un acto consiste en la «corrección» del mismo— que es inexacta. La subsanación de un acto administrativo inválido consiste en la emisión de otro nuevo. El solo hecho de que el primero deba ser juzgado en el proceso como inválido, no impide necesariamente que pueda dictarse un segundo válido.

También se argumenta que la posibilidad de subsanar durante el proceso los actos administrativos conlleva el evidente peligro de que la Administración descuide el cumplimiento de ciertas normas —normalmente de procedimiento— confiando en que la infracción de las mismas puede luego ser corregida⁶⁴. Se dice, incluso, que el incumplimiento de estas normas queda sin sanción de admitirse aquella posibilidad⁶⁵. Podría pensarse que la impunidad de estas infracciones se verá favorecida por la circunstancia de que los

⁶¹ SANTANIELLO, «Convalida», *Enciclopedia del diritto*, 1962, t. X, p. 505.

⁶² BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 226 y 227, dice que aquí «no se puede hablar de un derecho a la anulación, sino de un derecho al proceso». Como afirma la STC 6/1999, de 8 de febrero (FJ 3), el art. 24.1 CE garantiza «la obtención de una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes».

⁶³ Argumento utilizado por SCHENKE, «Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage», *NVwZ*, 1988, p. 11, para sostener la imposibilidad de subsanar vicios de la motivación de un acto que se halla *sub iudice*. Este autor se apoya en el § 79 VwGO, que dice que el objeto de la acción de anulación es el acto administrativo originario de acuerdo con la configuración que del mismo resultó después de finalizar la vía administrativa.

⁶⁴ BONK, «Strukturelle...», cit., p. 324; HATJE, «Die Heilung...», cit., p. 480; SCHENKE, «Reform...», cit., p. 87; SODAN, «Unbeachtlichkeit...», cit., p. 737.

⁶⁵ SCHENKE, «Reform...», cit., p. 87.

ciudadanos difícilmente se aventurarán en la impugnación judicial de un acto inválido —con los gastos que ello conlleva— si saben que la Administración puede subsanarlo todavía durante el proceso. Hay que decir, sin embargo, que la subsanación no es una figura que permite dejar sin sanción la infracción de ciertas normas jurídicas, sino todo lo contrario. Para emitir el acto subsanador será necesario cumplir la norma que se infringió cuando se elaboró el acto subsanable. Cuando la Administración subsana un acto cumple todas las normas jurídicas que el ordenamiento jurídico le marca para dictarlo⁶⁶. Por otro lado, el mero peligro abstracto de que la posibilidad de subsanar los reglamentos en el proceso traiga consigo el que ciertas infracciones queden sin sanción no fundamenta por sí solo prohibir dicha posibilidad que, como hemos visto, tiene una sólida base. El legislador podría prohibir esta subsanación a la vista de los riesgos que la misma entraña, pero dicha disposición legislativa falta en el Derecho español. Pero es que, además, podrían evitarse los mencionados riesgos a través de soluciones distintas de esta prohibición que no menoscaben los intereses dignos de protección a los que sirve la subsanación. Por ejemplo, resultaría plausible que la Administración asumiese el coste económico que para el ciudadano haya supuesto la impugnación del reglamento subsanado. La amenaza que para la Administración supone tener que afrontar este gasto representa un incentivo a la hora de dictar sus reglamentos con sujeción a lo dispuesto en la ley. Por su parte, el ciudadano sabe que no se verá perjudicado por la subsanación del reglamento en el proceso. Aquí podría traerse el principio general del Derecho según el cual «la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón»⁶⁷. Y es claro que al ciudadano que pretende la anulación de una disposición reglamentaria inválida le asiste la razón, aunque luego pueda dictarse otra válida con el mismo contenido. Respecto de la técnica a través de la cual la Administración debe cargar con el coste del proceso, caben varias posibilidades. Se ha propuesto que el particular podría solicitar responsabilidad patrimonial a la Administración⁶⁸, sin embargo no nos parece que ésta sea la solución más acertada, ya que el ciudadano deberá normalmente soportar la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo y eventualmente la de un proceso para ser indemnizado⁶⁹. La solución sin

⁶⁶ Vid. *infra*, X.3.G).a).

⁶⁷ A este principio se le concede un importante papel a la hora de adoptar medidas cautelares; *vid.* al respecto el ATS de 20-12-1990 (Ar. 10412) y la STS de 29-12-1996 (Ar. 8915).

⁶⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 228.

⁶⁹ En sentido similar, HUERGO LORA, respecto de «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145, 1998, p. 111.

duda más sencilla consistiría en que la Administración que subsana un reglamento inválido en el proceso fuese condenada en costas⁷⁰. Eso es lo que sucede en el Derecho alemán⁷¹. HUERGO LORA ha defendido que el concepto de mala fe o temeridad requerido para la condena en costas ha de interpretarse en un sentido objetivo: la Administración incurre en mala fe cuando se reserva argumentos para el proceso, en lugar de indicarlos en la motivación del acto⁷² [es decir, cuando subsana en el proceso un acto motivado defectuosamente]. A nuestro juicio, esta tesis es defendible igualmente en relación con los reglamentos y la subsanación de otros vicios distintos de una motivación defectuosa.

Por último, se aduce que en ciertos supuestos no se dan durante el proceso las circunstancias adecuadas para que el vicio del acto inválido pueda ser «realmente corregido»⁷³, porque la realización en este momento del trámite que en el anterior procedimiento se omitió o llevó a cabo defectuosamente dificulta seriamente que el mismo pueda cumplir con su finalidad. Es el caso de la subsanación de los actos discrecionales —v. gr., reglamentos— que padecen determinados vicios de procedimiento, como por ejemplo, la omisión ilegal del trámite de audiencia a ciertas personas. Este trámite persigue fundamentalmente que la Administración decida teniendo en cuenta las alegaciones que crean oportuno aportar dichas personas en defensa de sus derechos e intereses. Para que se cumpla dicha finalidad es necesario, pues, que las razones aducidas por los ciudadanos puedan realmente influir en esta decisión⁷⁴. Es preciso que la Administración pondere, tenga en cuenta, valore en su justa medida dichas razones a la hora de formar su voluntad⁷⁵. Pues bien, la Administración difícilmente valorará en su justa medida las alegaciones del ciudadano y rectificará, en su caso, la decisión que adoptó anteriormente cuando de modo simultáneo defiende en un proceso contencioso la

⁷⁰ A favor de esta solución, HUERGO LORA, «La motivación...», cit., p. 112 y ss.

⁷¹ Vid. el § 161.2 VwGO, que otorga una «equitativa discrecionalidad» al Tribunal para decidir sobre las costas procesales. DOLDERER, «Die neue...», cit., p. 109; HATJE, «Die Heilung...», cit., pp. 479 y 481; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 9, m. 39; REDEKER, K., «Die Heilungsvorschriften...», cit., p. 628, consideran que, de acuerdo con dicho precepto, la Administración debe cargar en estos casos con las costas.

⁷² HUERGO LORA, «La motivación...», cit., p. 113 y ss., en relación con el art. 131 LJ de 1956, razonamiento que vale para el art. 139.2 LJ.

⁷³ HUFEN, «Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?», *NJW*, 1982, p. 2165; y en *Fehler...*, cit., pp. 364 y ss.

⁷⁴ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 232; BONK, «Strukturelle...», cit., p. 325; HATJE, «Die Heilung...», cit., p. 484; SCHOCH, «Heilung unterbliebener Anhörung im Verwaltungsverfahren durch Widerspruchsverfahren?», *NVwZ*, 1983, p. 252.

⁷⁵ En sentido similar, LAUBINGER, «Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern», *VerwArch*, 1981, p. 342.

validez de esa decisión frente al mismo ciudadano⁷⁶. Algún autor considera que el titular del órgano administrativo decisor se encuentra en estos casos en una situación equiparable a la que determinaría su obligación de abstenerse de participar en el procedimiento⁷⁷; le falta la debida objetividad para decidir. Se dice que el acto administrativo inválido ha obtenido para la Administración «firmeza psicológica»⁷⁸, que se ha «solidificado»⁷⁹. Aunque hemos puesto el ejemplo de la omisión o defectuosa realización de la audiencia, lo mismo vale para cualquier otro trámite que proporcione información al órgano que ha de adoptar la decisión a fin de lograr el máximo acierto de ésta.

A este último argumento se le puede oponer la misma objeción que al anterior. El peligro de que en estos casos la Administración haga un uso arbitrario de su potestad reglamentaria no fundamenta por sí solo la prohibición de subsanar reglamentos cuya anulación se pretende en un proceso pendiente. Sólo una disposición expresa del legislador podría excluir esta posibilidad. Pero cabría incluso dudar del acierto y conveniencia de una disposición legislativa tal, puesto que la subsanación de un reglamento inválido, aún en el caso de hallarse éste *sub iudice*, tiene un sólido fundamento en nuestro Derecho y puede prestar buenos servicios a la seguridad jurídica así como al principio de justicia.

Ello no quita que haya que extremar las cautelas frente al riesgo de que esta actuación administrativa incurra en arbitrariedad, de que el nuevo reglamento no sea más que una «tapadera»⁸⁰ del anterior. Los Tribunales deberían controlar con rigor que, a la hora de dictar la nueva disposición reglamentaria, la Administración ha tenido en cuenta y ponderado efectivamente todos los datos aportados al procedimiento, muy especialmente aquellos que no lo fueron cuando se dictó la disposición inválida⁸¹. La motivación cobra una importancia de primera magnitud como medio a través del cual se hace posible dicho control⁸². La Administración debe dar razón de por qué ha vuelto a dictar una disposición con el mismo contenido que otra anterior, a

⁷⁶ En sentido similar, HATJE, «Die Heilung...», cit., p. 484.

⁷⁷ BRACHER, «Nachholung...», cit., p. 537, siguiendo en este punto a PIETZCKER, «Das verwaltungsverfahren...», cit., p. 223, que hacía esta observación respecto de la subsanación de los actos contra los que se había interpuesto un recurso administrativo.

⁷⁸ HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 598 y 620.

⁷⁹ SCHOCH, «Heilung...», cit., pp. 252 y 254. Parecidos argumentos utilizan para defender que en determinados casos no es posible la subsanación de un acto contra el que se ha interpuesto un recurso administrativo HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 603 y ss.; SCHOCH, «Heilung...», cit., pp. 252 y ss.

⁸⁰ Utilizando la expresión de SCHENKE, «Reform...», cit., p. 87.

⁸¹ En sentido similar, HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 621a.

⁸² Sobre la motivación como instrumento de control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, *vid.*, por todos, BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 269 y ss.

pesar de disponer de elementos de juicio nuevos de los que antes carecía. Y es que aquí cabe razonablemente «sospechar» de la arbitrariedad de la subsanación, puesto que ésta desmiente de alguna forma la previsión del legislador según la cual el reglamento que se elabora siguiendo ciertas reglas es más acertado, y no idéntico, que aquel en cuya emisión se incumplen las mismas.

b) La subsanación de un reglamento ya anulado por sentencia firme

La Administración siempre puede volver a dictar un reglamento con el mismo contenido —legal— que el de otro anterior que ha sido anulado mediante una sentencia firme. Cuando la Administración obra así, ni desacata la sentencia que ha anulado el reglamento, ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del ciudadano que pretendió y obtuvo esta anulación⁸³. Tampoco la eventual «sensación de desagrado» que pueda producir dicha actuación administrativa la convierte a ésta en ilegal⁸⁴.

El verdadero problema radica en precisar si la Administración puede dar efectos retroactivos al reglamento que se ha dictado en sustitución del que acaba de ser anulado.

F) La retroactividad del reglamento subsanador

a) La retroactividad de las normas reglamentarias

En su momento vimos como el parágrafo 215a.2 del Código Urbanístico alemán permite la entrada en vigor retroactiva del plan urbanístico resultante de la subsanación. Según la doctrina mayoritaria, dicho precepto legal tiene un carácter meramente aclaratorio, porque la posibilidad que contempla ya se deduce de los principios constitucionales que regulan la retroactividad de las normas jurídicas. Estos principios juegan un papel decisivo a la hora de interpretar el mencionado parágrafo, que guarda silencio sobre importantes cuestiones que plantea esta entrada en vigor retroactiva⁸⁵.

La legislación española no contiene ningún precepto que específicamente regule en qué supuestos puede darse eficacia retroactiva a un reglamento que tiene el mismo contenido que otro anterior inválido. Únicamente el artículo 67.2 LPC dispone que «el acto de convalidación producirá efecto desde su

⁸³ SSTs de 19-4-1995 (Ar. 4471) y 23-1-1996 (Ar. 437), aunque aquí las sentencias anulatorias no eran todavía firmes cuando se dictó el nuevo reglamento. Si existía firmeza en el caso resuelto por la STS de 19-4-1997 (Ar. 6520).

⁸⁴ STS de 26-1-1995 (Ar. 675).

⁸⁵ *Vid. supra*, III.5.C).a).e').

fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos». Este precepto no añade nada nuevo a lo que ya se desprende de otras disposiciones legales, porque, en principio, todos los actos administrativos —recordemos que la subsanación de un acto administrativo consiste en otro acto de la misma especie— producen efectos desde la fecha en que se dictan⁸⁶, y sólo pueden ser eficaces con anterioridad a dicho momento si ello resulta conforme con las normas que regulan la retroactividad de este tipo de actos. El régimen jurídico de la entrada en vigor retroactiva del reglamento subsanador habrá que deducirlo, pues, de las mismas normas y principios jurídicos que regulan la retroactividad de cualquier disposición reglamentaria.

Tradicionalmente se afirma la existencia de un principio de irretroactividad de los reglamentos⁸⁷. Pero este supuesto principio resulta desconocido en la práctica por muchas Sentencias que ora niegan su existencia⁸⁸, ora declaran que debe ser excepcionado en numerosos supuestos, con lo que el mismo queda desvirtuado⁸⁹.

El «conjunto» de normas escritas que regulan la retroactividad de los reglamentos se reduce prácticamente a los artículos 9.3 CE y 62.2 LPC, que prohíben la retroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Resolver cualquier problema en el que se plantee la legalidad de una disposición reglamentaria retroactiva de acuerdo con el escaso tenor literal de estos artículos podría llevar en algún caso a resultados poco equitativos. Lo mismo ocurre con el precepto legal que regula la retroactividad de los actos administrativos singulares⁹⁰. Se ha dicho con acierto que la naturaleza de las situaciones sobre las que inciden las normas retroactivas son «extraordinariamente variadas y merecedoras de una protección muy diversa», por lo que «lo fundamental y primario es la valoración del caso concreto en función de determinados parámetros generales»⁹¹. Entre estos «parámetros generales» destacan los principios de seguridad jurídica y de justicia, pues cada una de las reglas que integran el régimen

de la retroactividad de los actos jurídicos resultan de una ponderación entre ambos⁹².

El Tribunal Constitucional ha venido a reconocer que el citado artículo 9.3 es insuficiente para juzgar la conformidad a la Constitución de cualquier norma retroactiva. La retroactividad de una disposición que no es «sancionadora desfavorable» ni «restrictiva de derechos individuales» puede lesionar principios consagrados en la Constitución, especialmente, el de seguridad jurídica. Y «determinar cuándo una norma, ..., de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto»⁹³.

La seguridad pide la irretroactividad únicamente de las disposiciones que agravan la situación de los administrados. Éstos necesitan con especial intensidad calcular las consecuencias negativas que se siguen de sus comportamientos para así evitarlas; y al revés, prever cuáles son los efectos positivos de sus actuaciones para intentar alcanzarlos. Las normas retroactivas desfavorables producen a los ciudadanos un perjuicio con el que éstos no podían contar; menoscaban el «saber a qué atenerse» y perjudican evidentemente la certeza jurídica. Interesa destacar que se prohíbe la retroactividad de tales normas por cuanto éstas inciden negativa y sorpresivamente en la posición jurídica de los individuos. Éstos no podían atenerse a lo dispuesto en una norma que todavía no se había dictado. Se lesiona la seguridad jurídica o, si se quiere, el principio de confianza legítima debido a que se produce un cambio normativo «por sorpresa y con evidente perjuicio de los particulares»⁹⁴.

En el caso de la subsanación de reglamentos, se dan circunstancias muy singulares que distinguen a esta figura de los supuestos típicos de normas retroactivas. No puede decirse que el reglamento subsanador suponga siempre y en todo caso una sorpresa para los ciudadanos, ya que dicho reglamento tiene exactamente el mismo contenido —legal— que otro anterior. Y es muy probable que éste, aun carente de validez, fuese aparentemente válido.

Además, es posible que un reglamento inválido desfavorable para ciertos ciudadanos beneficie al mismo tiempo a otros. Estos últimos pueden haber ajustado sus comportamientos a lo dispuesto en aquella norma, porque confiaban en su obligatoriedad. La anulación de este reglamento desencade-

⁸⁶ Vid. el art. 57.1 LPC. Por eso afirma GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III., p. 481, que el primer inciso del art. 67.2 LPC es innecesario.

⁸⁷ Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 86 y ss.; EMBID IRUJO, «Potestad...», cit., p. 99; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 376; y las SSTs de 31-1-1989 (Ar. 584), 3-2-1989 (Ar. 807), 13-2-1989 (Ar. 2464) y 11-7-1989 (Ar. 5746).

⁸⁸ Vid. las SSTs de 15-4-1997 (Ar. 3086), 23-4-1997 (Ar. 3363) y 25-11-1997 (Ar. 8642).

⁸⁹ Vid. LÓPEZ MENDUO, *El principio...*, cit., pp. 231 y ss. También en contra de este supuesto principio, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 506 y ss.

⁹⁰ Vid. el art. 57.3 LPA y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 575 y 576; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen...*, cit., pp. 123 y 124; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, pp. 1531 y ss.

⁹¹ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 372.

⁹² Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 502.

⁹³ STC 126/1987, de 16 de julio (FFJJ 9 y ss.). Sobre esta jurisprudencia, vid. *infra*, X.4.E).e).a').

⁹⁴ GARCÍA MACHO, «Contenido...», cit., pp. 462, 456 y 466, en relación con la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de confianza legítima.

na lógicamente inseguridad. Para los beneficiados por el mismo tiene un significado similar al de una disposición desfavorable de carácter retroactivo, dados los efectos *ex tunc* que, en principio, se atribuye a la anulación de una norma. Por el contrario, la subsanación evita los llamados «vacíos normativos», favorece la estabilidad del Derecho, disminuye la incertidumbre jurídica y protege la confianza de los ciudadanos en la validez de las disposiciones que les afectan. Recordemos que el Tribunal Contencioso-administrativo Federal alemán ha dicho que el principio de seguridad jurídica puede llegar en ciertos casos a obligar al Municipio a subsanar sus planes urbanísticos con eficacia retroactiva⁹⁵.

Resulta, pues, totalmente justificado tratar jurídicamente la retroactividad de los reglamentos desfavorables que subsanan otros anteriores de modo distinto a la de los que no tienen este carácter subsanador. De un lado, porque la subsanación de una disposición reglamentaria desfavorable no lesiona en principio la certeza jurídica o, en todo caso, en mucha menor medida que aquellas otras disposiciones retroactivas «típicas». De otro lado, tenemos que esta subsanación beneficia, incluso, a la seguridad jurídica en su aspecto estático.

Ello no quiere decir que haya que admitir necesariamente, siempre y en todo caso, la retroactividad de un reglamento que tiene el mismo contenido, legal, que otro anterior inválido. Como ya se ha apuntado, lo decisivo es valorar las singulares circunstancias del caso concreto en función de una serie de criterios generales; criterios que se desprenden, fundamentalmente, de los principios de seguridad jurídica y justicia. Como no podemos aquí dar cuenta de todos los supuestos concretos imaginables en los que se plantea la retroactividad del reglamento subsanador, habremos de contentarnos con intentar precisar cuáles son esos criterios.

En cualquier caso, debe tenerse siempre presente que las soluciones a los problemas que plantea la retroactividad de las normas jurídicas no vienen determinadas *a priori* por la lógica y con un ámbito de validez universal⁹⁶, sino por una concreta decisión de Derecho positivo que toma por base cierta ponderación de aquellos dos principios. Habrá, pues, que extraer aquellos criterios de nuestro concreto ordenamiento jurídico. Se trata de averiguar que decisión se deduce del conjunto de ordenamiento español para cada caso de subsanación de un reglamento inválido⁹⁷.

⁹⁵ Vid. *supra*, III.5.C).a).b').

⁹⁶ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 502; Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 184 y ss.; DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 96; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 372.

⁹⁷ Un método similar sigue Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., p. 187, al estudiar la derogación, pues «ante la escasez de preceptos expresos al respecto habrá que

b) La seguridad jurídica y la retroactividad del reglamento subsanador

La retroactividad de un reglamento subsanador beneficia o perjudica a la seguridad jurídica en función de dos factores: la gravedad de los perjuicios que ocasionaría la ruptura de la confianza depositada en la validez, o en la invalidez, de la disposición subsanada; y el grado de certeza existente sobre la validez de esta disposición.

a') Incidencia de la retroactividad del reglamento subsanador sobre la seguridad jurídica según el contenido del reglamento inválido

La confianza de las personas puesta en la conservación de una norma merece tanta más protección cuanto más graves sean los imprevisibles perjuicios que la invalidez y subsiguiente inaplicación de esa disposición les produciría.

Por esta razón, la seguridad no sólo no impide, sino que incluso demanda la subsanación retroactiva de las disposiciones reglamentarias que favorecen a los ciudadanos sin restringir la esfera jurídica de ninguno de ellos. Ésta no es una cuestión problemática⁹⁸. En nuestro Derecho la posibilidad de dar eficacia retroactiva a tales disposiciones se desprende claramente del artículo 62.2 LPC interpretado *a sensu contrario*, y no se discute por la doctrina.

El problema se presenta, pues, respecto de las disposiciones desfavorables. Ya hemos visto que una interpretación teleológica y sistemática del mencionado artículo 62.2 no excluye, en principio, la posibilidad de dar efectos retroactivos a una disposición que subsana otra aparentemente válida de contenido desfavorable para determinados ciudadanos. Ahora bien, algunas personas pueden haber considerado que esa disposición era inválida. La protección que dicha confianza merece guarda una relación directamente proporcional con la gravedad de los perjuicios que a dichos ciudadanos les ocasionaría la defraudación de su confianza.

Así, creemos inadmisibles la subsanación retroactiva *in peius* de las disposiciones sancionadoras, sea cual sea su apariencia de validez. El hecho de que la Constitución prohíba reiteradamente la retroactividad de las normas sancionadoras desfavorables (arts. 9.3 y 25.1) indica el carácter absoluto de esta prohibición⁹⁹.

proceder a una reconstrucción del sistema de normas de conflicto [de leyes en el tiempo] sobre la base de los valores constitucionalmente protegidos y de los principios generales que se puedan inferir del ordenamiento en su conjunto».

⁹⁸ En sentido similar, respecto de los actos singulares, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 224.

⁹⁹ La STS de 12-5-1999 (Ar. 3986) habla del carácter absoluto de esta prohibición.

b') *Incidencia de la retroactividad del reglamento subsanador sobre la seguridad jurídica según sea la apariencia de validez del reglamento inválido*

La seguridad jurídica se ve tanto más perjudicada por la retroactividad de un reglamento que tiene exactamente el mismo contenido que otro anterior inválido cuanto mayor es el grado de certeza que los destinatarios de este último tienen acerca de su invalidez. Y al contrario, el beneficio que se deriva para la seguridad de la retroactividad del reglamento subsanador es directamente proporcional a la apariencia de validez del reglamento que se subsana. Esta apariencia está en función, principalmente, de dos factores:

a'') *La apariencia de validez del reglamento inválido según el tipo de vicio que sufre*

La entrada en vigor retroactiva del reglamento subsanador es compatible con la seguridad jurídica en la medida en que éste no supone una sorpresa para los ciudadanos a los que perjudica, debido a que dicho reglamento tiene exactamente el mismo contenido que otro anterior aparentemente válido. Así, no será lícita dicha retroactividad cuando el reglamento que se subsana no posea apariencia de validez alguna por padecer un vicio de extraordinaria evidencia. Puede traerse aquí el ejemplo de la falta de publicación del reglamento. La publicación de las normas jurídicas es lo que en mayor medida les proporciona a éstas apariencia de validez, mientras que su no publicación tiene precisamente el efecto contrario. Ya vimos que algunos autores estiman que las normas no publicadas son inexistentes¹⁰⁰. La confianza de los ciudadanos en la invalidez de un reglamento no publicado es digna de protección jurídica; y viceversa, la confianza en la validez de un reglamento todavía no publicado es indigna de tal protección¹⁰¹.

Aquí debemos abordar el problema que antes dejamos planteado acerca de si resulta razonable interpretar el artículo 67.1 LPC en el sentido de que éste prohíbe dictar con eficacia retroactiva un reglamento que tiene el mismo contenido que otro que padece vicios de nulidad y, en cambio, permite dicha subsanación cuando este último reglamento es anulable.

¹⁰⁰ Vid. *supra*, V.2.C).

¹⁰¹ En contra, BERMEJO VERA, *La publicación...*, cit., pp. 134 y ss. y 156, que propugna que las disposiciones no publicadas de carácter favorable «sean casuísticamente operativas y eficaces como actos administrativos distintos y se salvaguarden así las elementales garantías ciudadanas». Vid. una crítica a la postura de este autor en BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., pp. 110 y 111.

¹⁰² Afirma SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 307, que, «normalmente, la evidencia es consecuencia necesaria de la gravedad».

Se podría aducir a favor de esta interpretación que los vicios de nulidad, por ser extraordinariamente graves, son también evidentes¹⁰². Hay quien afirma que la apariencia o «presunción de validez [de los actos administrativos] sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, *por hipótesis*, no reúnen los actos nulos de pleno derecho»¹⁰³. Es cierto que la confianza de los ciudadanos en la invalidez de un acto jurídico-administrativo merece mayor protección cuanto más grosero y patente es el vicio que sufre dicho acto. Desde otro punto de vista, la confianza en la validez de un acto jurídico es tanto menos digna de protección cuanto más clara y manifiesta resulta su ilegalidad. La evidencia de ciertos vicios de un acto administrativo justifica, por ejemplo, que en cualquier momento pueda la Administración rectificarlos sin que ello lesione la seguridad jurídica, esto es, la confianza que pueda haberse depositado en el acto viciado¹⁰⁴.

El reparo que se puede poner a este razonamiento es que no siempre los vicios graves son evidentes¹⁰⁵. Los vicios de incompetencia y, sobre todo, los que afectan a la publicación del reglamento sí que están «a la vista», porque se trata en ambos casos de requisitos de reconocibilidad de las normas jurídicas. Pero no siempre el vicio de incompetencia es fácil de advertir. También un reglamento dictado por un órgano incompetente puede generar una cierta apariencia de validez. Lo que, en cualquier caso, resulta discutible es que los vicios consistentes en haberse emanado la disposición administrativa prescindiendo totalmente del procedimiento establecido o con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados salten siempre a la vista de los destinatarios de la norma.

A nuestro juicio, la seguridad jurídica apoyaría aquella interpretación *a sensu contrario* del artículo 67.1 LJ sólo en los casos en los que la evidencia del vicio de nulidad de la disposición reglamentaria sea tal que razonablemente pueda considerarse que esta disposición no goza de apariencia de validez. En principio, resulta plausible estimar que una disposición general aquejada de un vicio de la publicación o dictada por un órgano incompetente carece de la suficiente apariencia de validez como para que pueda darse eficacia retroactiva a una nueva disposición de idéntico contenido —desfavorable para los ciudadanos—. Así, la STS de 24 de febrero de 1999 (Ar. 1387) niega retroactividad a la subsanación de un reglamento dictado prescindiendo totalmente del procedimiento y no publicado.

¹⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 569. La cursiva es nuestra.

¹⁰⁴ Vid. el art. 105.2 LPC y *supra*, nn. y.

¹⁰⁵ Vid. MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 173 y ss. Esta cuestión tiene gran importancia en el Derecho alemán, pues de acuerdo con el § 44.1 VwVfG un acto administrativo es nulo cuando sufre una ilegalidad grave y evidente.

b'') La apariencia de validez del reglamento inválido según su situación en relación con un proceso en el que se discute su validez

El que la subsanación de un reglamento tenga lugar antes, durante o una vez concluido el proceso en el que se discute su validez tiene gran relevancia a la hora de determinar en qué medida afecta la retroactividad del nuevo reglamento a la seguridad jurídica.

Puede afirmarse que una norma reglamentaria goza, en principio, de cierta apariencia de validez mientras nadie la haya impugnado. Los destinatarios de la misma deben tener presente que, mientras no hayan transcurrido ciertos plazos, todavía cabe cuestionar su validez y pretender su anulación. Puede haber, incluso, ciudadanos que tengan la intención de interponer ellos mismos el correspondiente recurso. Sin embargo, estas dos circunstancias no destruyen por sí solas aquella apariencia. El que todavía quepa discutir la validez de un reglamento sólo implica que los ciudadanos deben contar con la posibilidad de que en un futuro se declare su invalidez, lo mismo que deben contar con la posibilidad de que dicho reglamento sea considerado ajustado a Derecho. La retroactividad del reglamento que subsana uno anterior inválido todavía no impugnado jurisdiccionalmente es, en principio, compatible con la seguridad jurídica.

La interposición de un recurso contencioso-administrativo contra un reglamento tampoco destruye por sí sola su apariencia de validez. Durante el proceso no se puede saber con mayor o menor grado de certeza que antes de empezar el mismo si el reglamento impugnado vale o no. Hay que concluir, pues, que la seguridad jurídica no se opone a la retroactividad del reglamento subsanador por el mero hecho de que la anulación del reglamento subsanable se pretenda en un proceso pendiente. Y ello aunque se haya suspendido cautelarmente la eficacia jurídica del reglamento impugnado. Los ciudadanos pueden confiar en que mientras dure esta suspensión no se les va a aplicar el reglamento impugnado, pero siempre deben contar con la posibilidad de que en el proceso principal se declare la validez del mismo y que éste despliegue sus efectos jurídicos también durante el periodo de tiempo en el que antes fue provisionalmente suspendido. No obstante, es posible que la apariencia de invalidez del reglamento impugnado —o, desde otro punto de vista, la «apariencia de buen derecho» del recurrente— sea de tal magnitud que justifique no sólo la suspensión cautelar de su eficacia jurídica¹⁰⁶, sino también la prohibición de que el reglamento subsanador tenga carácter retroactivo. Veamos cómo se ha pronunciado la jurisprudencia sobre la retroactividad del reglamento que subsana a otro que se halla *sub iudice*.

¹⁰⁶ Vid. el ATS de 10-7-1991, comentado por GARCÍA DE ENTERRÍA, «La aplicación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos», *RAP*, 125, 1991, pp. 411-418.

La STS de 29 de noviembre de 1982 (Ar. 7116) inaplicó una ordenanza fiscal de contenido ilegal y tampoco consideró aplicable una nueva disposición dictada con carácter retroactivo, pues ello «implicaría una convalidación de la ordenanza nula y como quiera que el hecho imponible debe regirse por la norma aplicable en el tiempo en que se produjo, su convalidación no es posible en el caso presente, al tratarse de acto administrativo afecto de nulidad radical por violar normas imperativas, pues tal convalidación a través de la retroacción pretendida de un acto posterior, afecta al principio de seguridad jurídica, que impide convalidar lo absolutamente nulo». Sin embargo, aquí no se trataba de una verdadera convalidación, pues el contenido de la nueva ordenanza era distinto al de la antigua.

Pendiente un recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia que había anulado por un vicio de procedimiento cierto reglamento dictado por la Junta de Andalucía, ésta emitió un nuevo reglamento en una de cuyas disposiciones transitorias se decía que los actos administrativos dictados al amparo del antiguo seguirían subsistentes. El Tribunal Supremo desestimó varios recursos interpuestos contra dichos actos. En alguna Sentencia, aducía la vieja e inadmisibles doctrina sobre la necesidad de impugnar expresamente las disposiciones generales —en este caso, el reglamento subsanador— cuando se recurren sus actos de aplicación, y no entró siquiera a abordar el problema¹⁰⁷. En segundo lugar, consideraba que los actos dictados en aplicación del reglamento antiguo no incurrieran en causa de nulidad, por lo que podían ser objeto de convalidación «a través de una retroactividad en menor grado, meramente sanatoria»¹⁰⁸. Aquí hay que señalar que lo que había sido objeto de subsanación era, en realidad, el antiguo reglamento, puesto que se emitió uno nuevo con efectos retroactivos y de idéntico contenido que el anterior. Los actos dictados al amparo de éste adquirieron validez como consecuencia de la emisión del nuevo reglamento. Y ello a pesar de que el propio Tribunal Supremo llegó a negar que aquí se hubiese producido una convalidación, argumentando, precisamente, que no cabe subsanar un reglamento cuya anulación se pretende en un proceso

¹⁰⁷ La STS de 24-9-1993 (Ar. 6608) dice que «en modo alguno se interpone recurso directo ni indirectamente contra el reglamento nuevo, por lo que debe declararse acertada la afirmación de la sentencia que se apela en el sentido de que la consideración del reglamento escapa a los límites del recurso, siendo ello así precisamente porque tal reglamento no ha sido impugnado». Vid., también, las SSTs de 28-12-1993 (Ar. 624/1994), 11-11-1996 (Ar. 8445 y 8446) y 18-11-1996 (Ar. 8655).

¹⁰⁸ Vid. la STS de 20-12-1993 (Ar. 623/1994). En cambio, en los *obiter dicta* de la STS de 27-12-1993 (Ar. 10044) se afirma que la Administración no puede «sustraerse válidamente a los efectos de procesos jurisdiccionales en curso recurriendo al mecanismo de otorgar, con efecto retroactivo, cobertura formal a actos dictados en aplicación de un Reglamento impugnado que podría ser declarado nulo».

pendiente¹⁰⁹. Por último, afirmaba que «evidentes razones de economía procedimental aconsejan mantener la validez de actuaciones, que caso de ser reproducidas conducirían a idéntico resultado,..., lo que es patente al resultar que el Reglamento nuevo—no invalidado—tiene una equivalencia indudable con el Decreto declarado nulo»¹¹⁰. A la hora de valorar esta jurisprudencia, hay que tener en cuenta, no obstante, que el Tribunal Supremo entendió que los actos administrativos impugnados, con independencia de la validez del reglamento en cuya aplicación se habían dictado, encontraban la cobertura de cierta norma de rango legal¹¹¹.

Cuando el proceso en el que se impugna un reglamento ha concluido con una sentencia anulatoria firme puede afirmarse ya que la duda acerca de su invalidez ha quedado definitivamente resuelta. La fuerza de cosa juzgada propia de esta sentencia prohíbe que vuelva a discutirse dicha invalidez. Esta prohibición, además, va dirigida a cualquier persona, y no sólo a las que han sido partes en el proceso, pues la sentencia que anula un acto administrativo tiene carácter *erga omnes*. Además, dicha sentencia debe ser publicada en el mismo lugar en el que en su día lo fue el reglamento anulado¹¹². Es por ello lógico que a partir de este momento la confianza de los ciudadanos en la situación jurídica que resulta de la invalidez del mismo sea totalmente digna de protección. En principio, pues, no puede darse efectos retroactivos a un reglamento con idéntico contenido que otro ya anulado mediante sentencia firme publicada y más restrictivo para la esfera jurídica de los ciudadanos que la normativa que resulta de la anulación, porque ello lesionaría la seguridad jurídica.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha dejado sentado en numerosas ocasiones que «no cabe dotar de eficacia retroactiva a las disposiciones [de carácter sancionador] dictadas para sustituir a las anuladas

¹⁰⁹ La STS de 8-11-1993 (Ar. 8778) dice que «ya existía un contencioso cuyo objeto era, precisamente, dilucidar sobre la validez del precedente reglamento en ejecución del cual se habían producido esas actuaciones que se trataba de convalidar, siendo claro que esta clase de subsanación de deficiencias ha de producirse con anterioridad al momento en que se promueva la actuación de los Tribunales encaminada a tal finalidad, y no con el efecto retroactivo impropio de la convalidación que en esta ocasión se ha querido dar a la conservación o a la convalidación de actos».

¹¹⁰ STS de 27-12-1993 (Ar. 10044). En sentido similar, la STS de 20-12-1993 (Ar. 623/1994).

¹¹¹ Vid. las SSTs de 20-10-1993 (Ar. 8037), 27-12-1993 (Ar. 10044), 20-12-1993 (Ar. 623/1994), 11-4-1997 (Ar. 2858) y 15-5-1997 (Ar. 4384). De manera algo confusa se pronuncia la de 8-11-1993 (Ar. 8778). Las SSTs de 22-3-1993 (Ar. 1905) y 29-3-1993 (Ar. 1924) afirmaban que el acto enjuiciado era firme, por lo que debía ser conservado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 120 LPA.

¹¹² Vid. el art. 72.2 LJ y la STS de 18-10-1997 (Ar. 8105).

judicialmente», puesto que ello sería contrario a lo dispuesto en los artículos 9.3 y 25.1 CE¹¹³.

Sin embargo, la STS de 26 de enero de 1995 (Ar. 675) admitió que, después de anulada por vicios de procedimiento una disposición que establecía los tipos de un determinado impuesto para los ejercicios 1983 a 1987 —lo que «privaba de cobertura a todas las liquidaciones» relativas a este periodo de tiempo—, la Administración volviese a establecer dichos tipos y a emitir con arreglo a los mismos nuevas liquidaciones para los mencionados ejercicios. El Tribunal Supremo basó esta decisión en que nuestra legislación permite que pueda «otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados»¹¹⁴. Aquí deben hacerse dos observaciones:

La doctrina ya ha advertido lo peligroso que resulta interpretar literalmente el primer inciso del artículo 57.3 LPC—que habilita a la Administración a dictar actos con efectos retroactivos en sustitución de otros anulados—sin tener en cuenta las exigencias que en el caso concreto pueden plantear principios jurídicos como el de la buena fe. La interpretación literal de este precepto «podría conducir a resultados no demasiado equitativos, si no se matiza adecuadamente mediante una ponderación de los intereses en juego»¹¹⁵. Se ha señalado que dicha retroacción en ningún caso puede suponer una infracción de los principios generales que informan el ordenamiento jurídico-administrativo¹¹⁶. Hay quien estima que esta retroacción no cabe cuando el nuevo acto sea más desfavorable para los destinatarios del mismo o para terceros que el anulado¹¹⁷.

A partir de la fecha de publicación de la sentencia que anula un reglamento, éste pierde su eventual apariencia de validez. Ahora bien, hasta entonces el reglamento en cuestión gozaba de esa apariencia. Resulta razonable que la eficacia jurídica del reglamento subsanador se extienda—retroactivamente—al periodo de tiempo durante el cual la disposición subsanada era todavía aparentemente válida.

¹¹³ Vid. las SSTs de 21-10-1986 (Ar. 5771), 21-12-1987 (Ar. 9138), 28-12-1987 (Ar. 9152), 5-2-1988 (Ar. 659), 13-2-1988 (Ar. 885), 29-2-1988 (Ar. 1043), 22-9-1988 (Ar. 7299), 6-10-1988 (Ar. 7608), 1-6-1989 (Ar. 4301), 22-6-1989 (Ar. 7547), 26-6-1989 (Ar. 5509), 21-10-1989 (Ar. 8388), 28-10-1989 (Ar. 9707), 31-10-1989 (Ar. 8396), 3-11-1989 (Ar. 8509), 4-11-1989 (Ar. 8510), 23-11-1989 (Ar. 7975), 7-12-1989 (Ar. 9152), 25-1-1990 (Ar. 410), 5-4-1990 (Ar. 2738) y 26-4-1990 (Ar. 2888). Estas SSTs presentan otro punto de interés, ya que niegan la reviviscencia de la norma derogada por el reglamento anulado.

¹¹⁴ Se refiere al art. 45 LPA (hoy, art. 57.3 LPC).

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 575.

¹¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1531.

¹¹⁷ GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen...*, cit., pp. 123 y 124. Vid., así mismo, la STS de 10-1-1998 (Ar. 794), que interpreta restrictivamente el art. 45.3 LPA.

Así ocurrió en el supuesto juzgado por la STS que se acaba de citar. Durante el periodo 1983-1987, la disposición finalmente anulada todavía conservaba su apariencia de validez. Además, hay que tener en cuenta las especiales circunstancias del caso: aquella disposición sustituía a otra cuya vigencia temporal era limitada. Tanto es así que la vigencia de esta última tuvo que ser prorrogada en un par de ocasiones por sendas normas de rango legal¹¹⁸. La anulación de la disposición posterior no hacía recobrar su vigencia a la anterior. Los «tipos evaluatorios» fijados para el septenio 1976-1982 no recuperaban su vigor con la anulación de los establecidos para los ejercicios 1983-1987. La imposibilidad de establecer de nuevo los tipos para el quinquenio 1983-1987 hubiese supuesto la inexigibilidad absoluta de cualquier tributo devengado en dicho periodo cuya cuantía debiera determinarse a partir de dichos tipos¹¹⁹, y ello a pesar de que todavía no había prescrito la acción para exigir la liquidación de las correspondientes deudas tributarias. No creemos que resultara digna de protección la confianza de los ciudadanos en quedar absolutamente liberados del pago de los correspondientes tributos como consecuencia de la anulación de la disposición —aparentemente válida— que fijaba los tipos para los ejercicios 1983-1987. De hecho, la Sentencia que anuló esa disposición ya señaló que dicha anulación no impedía que «cumplidos los trámites en el procedimiento de fijación de los tipos, [pudiese] la Administración practicar nuevas liquidaciones aplicando los tipos evaluatorios que [fueren] legalmente aprobados»¹²⁰.

En un supuesto semejante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitió que, anulado por defectos de procedimiento un reglamento comunitario de contenido legal que establecía cuotas sobre la producción de isoglucosa para el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de julio de 1979 al 30 de junio de 1980, pudiera dictarse retroactivamente uno nuevo libre de defectos y con el mismo contenido y ámbito temporal de vigencia que el anterior¹²¹. Según el Tribunal, la retroactividad del nuevo reglamento era lícita. De un lado, venía justificada por exigencias de interés público—evitar la discriminación con los productores de azúcar—. De otro, la medida era previsible, no vulneraba la confianza legítima de los ciudadanos afectados.

¹¹⁸ Vid. la EM del RD Ley 5/1982, de 17 de marzo.

¹¹⁹ Como el propio TS advierte, no sólo la contribución territorial rústica y pecuaria, sino también, en cierta medida, los impuestos sobre el patrimonio y sobre sucesiones y donaciones.

¹²⁰ STS de 14-12-1990 (Ar. 10206). En sentido similar, *vid.* la STS de 16-10-1997 (Ar. 482/1998).

¹²¹ SSTSJCE de 30-9-1982 (*Amylum, Roquette Frères y Tunel Refineries Limited*, 108, 110 y 114/81).

c) El principio de justicia y la retroactividad del reglamento subsanador

La retroactividad de las normas sirve al principio de justicia¹²² o «mejoramiento social»¹²³. La retroactividad del reglamento subsanador evita que ciertos intereses dignos de protección queden desamparados durante el periodo que media entre la fecha de entrada en vigor del reglamento inválido y el momento en que aquél se publica. Permite que durante este tiempo rija una norma reglamentaria considerada mejor, más acertada y conveniente a los intereses públicos que la que le precedió o que el «vacío normativo». El principio de justicia fundamenta la retroactividad del reglamento subsanador en la medida en que puede presumirse que éste sirve de modo óptimo a los intereses públicos, para lo cual tendrá que haberse elaborado con observancia de todas las reglas que el ordenamiento jurídico establece con esta finalidad¹²⁴, incluidas aquellas cuya infracción determinó la invalidez del reglamento subsanable. Como vimos en su momento, deberá examinarse con gran rigor que la Administración ha hecho un uso correcto de su discrecionalidad a la hora de elaborar el nuevo reglamento, cuyo contenido es «sospechosamente» idéntico al del anterior inválido.

Por lo demás, resulta difícil sentar criterios generales que permitan medir la intensidad con la que este principio exige la retroactividad del reglamento subsanador. No obstante, podría atenderse al valor cualitativo y cuantitativo de los intereses dignos de protección jurídica a los que sirve la mencionada retroactividad y que se verían lesionados en caso de dictarse la nueva disposición reglamentaria con eficacia *ex nunc*.

G) El procedimiento de elaboración del reglamento subsanador

Este procedimiento se compone de dos partes o grupos de trámites. Aquellos que se emplearon en la elaboración del antiguo reglamento inválido y que todavía pueden ser aprovechados para la emisión del nuevo y aquellos que ahora deben realizarse¹²⁵.

¹²² En sentido similar, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 502. Dicen VILLAR PALASÍ y SUÑE LLINAS, «Artículo 9º. El Estado de Derecho y la Constitución», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), 1996, t. I, p. 563, que «la retroactividad de las leyes tiene una ventaja, que es la de hacer posible el progreso».

¹²³ Sobre este principio, *vid.* GUASP, *Derecho*, cit., pp. 325 y ss.

¹²⁴ Sobre el fundamento de esta presunción, *vid.*, *supra*, VII.2.A).b).a).

¹²⁵ Ya vimos que esta idea había sido intuita por SCHMIDT-ASSMANN, *Die kommunale...*, cit., p. 20.

a) La conservación de los trámites válidos empleados en la elaboración del reglamento inválido

Ninguna duda hay de que la «conservación de trámites» regulada en los artículos 64.1 y 66 LPC cabe no sólo en la elaboración de actos singulares, sino también en la de disposiciones generales¹²⁶.

a') *Noción*

El que un trámite empleado en la emisión de un acto jurídico-administrativo inválido sea conservado quiere decir que no hará falta repetirlo en el procedimiento de elaboración de un nuevo acto. El Derecho considera que ese trámite cumple válidamente el papel que tiene asignado en dicho procedimiento.

Ya hemos visto que la subsanación de un reglamento consiste en una declaración de voluntad administrativa que establece válidamente la misma regulación contenida en aquél. Para establecer regulaciones jurídicas, la Administración debe observar normalmente una serie de trámites que sirven para preparar, formar y manifestar el acto de voluntad creador de la correspondiente regulación. Pues bien, para llevar a cabo la subsanación de un acto inválido no será necesario, por regla general, realizar todos y cada uno de aquellos trámites, porque es perfectamente posible que algunos de los que se habían empleado para dictar ese acto sean todavía capaces de cumplir su finalidad a la hora de preparar, formar o manifestar el nuevo. La subsanación va la mayoría de las veces acompañada de la conservación de trámites. La subsanación de un acto administrativo inválido no es más que la emisión de un nuevo acto válido, con el mismo contenido que el anterior y para cuya elaboración pueden aprovecharse los trámites empleados en la emisión del antiguo que todavía pueden cumplir su finalidad.

La estrecha relación que hay entre estas dos figuras no ha sido suficientemente advertida. Por ejemplo, señala GARCÍA ÁLVAREZ que la emisión tardía del dictamen del Consejo de Estado acompañada de una nueva resolución «no puede entenderse,..., como una convalidación o ratificación del primer acto [subsanación, de acuerdo con la terminología empleada en este trabajo], sino más bien como un supuesto de eficacia retroactiva de un acto administrativo dictado en sustitución de otro anterior que sea nulo, aprovechando los trámites no viciados de nulidad»¹²⁷. BELADIEZ ROJO considera que «si privamos a esta institución [la subsanación] de sus efectos retroactivos,..., lo único que

tendríamos sería un acto administrativo nuevo que ha aprovechado los actos de trámite válidos de un procedimiento cuyo acto definitivo es inválido»¹²⁸. Dejando aparte el problema de la retroactividad, lo cierto es que subsanar un acto administrativo consiste precisamente en dictar otro acto administrativo en cuya elaboración normalmente se aprovechan los trámites todavía válidos empleados en la elaboración de aquél.

El artículo 66 LPC sólo habla de la conservación de los trámites integrantes del procedimiento de elaboración de un acto inválido ya anulado. Pero si los trámites empleados en la elaboración de un acto pueden ser conservados todavía después de su anulación, con mucha mayor razón lo van a poder ser antes de que la misma tenga lugar. Lo contrario resultaría absurdo.

También conviene señalar que la conservación no sólo cabe cuando se trata de subsanar una disposición reglamentaria —de dictar un reglamento de idéntico contenido a otro anterior inválido—. Dado que en, principio, la Administración goza de discrecionalidad para determinar el contenido de sus disposiciones generales, es posible que el nuevo reglamento contenga una regulación diferente a la del anterior.

b') *Fundamento*

BELADIEZ ROJO estima que esta figura no se fundamenta en el principio de conservación, porque los trámites conservados son «incapaces de conseguir el fin práctico que motivo su emanación», sino en el principio de economía, porque así se «evita a la Administración tener que dictar de nuevo una serie de actos de trámite que en nada diferirían de los dictados en el procedimiento seguido para dictar el acto anulado»¹²⁹.

Según lo vemos nosotros, se trata de una manifestación del principio de conservación¹³⁰, porque sólo van a ser conservados aquellos trámites que sean todavía capaces de satisfacer la finalidad que les es propia. Por ejemplo, si se anula cierto acto administrativo como consecuencia de la falta de audiencia a un interesado, no habrá necesidad de emitir de nuevo ciertos informes si los que se evacuaron anteriormente todavía son aptos para lograr su finalidad: proporcionar al órgano decisor los elementos de juicio necesarios para que su decisión sea lo más acertada posible. En cambio, los informes deberán repetirse cuando ya no sirvan a dicha finalidad porque, por ejemplo, las circunstancias que se tuvieron en cuenta al elaborarlos han variado sustancialmente.

¹²⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 222.

¹²⁹ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 280 y 281.

¹³⁰ En el mismo sentido, aunque no ofrecen argumentos al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 637; MORELL OCANA, *Curso...*, cit., t. II, p. 373.

¹²⁶ La STS de 22-4-1992 (Ar. 3837) dice que «cabe una aplicación analógica del art. 52 LPA [hoy, arts. 64.1 y 66 LPC] para la conservación de los actos anteriores» a la aprobación definitiva de cierto plan urbanístico.

¹²⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, *Función...*, cit., p. 30.

Evidentemente, esta figura supone una simplificación del procedimiento que la Administración debe llevar a cabo para dictar un acto administrativo, simplificación que ahorra tiempo y esfuerzos. Pero ello no es sino la consecuencia de la conservación de aquellos trámites que pueden aún cumplir su finalidad, lo mismo que la conservación y validez de un acto ilegal que satisface todos los fines que le marca el ordenamiento jurídico ahorra a la Administración tener que dictar otro acto con el mismo contenido. En cualquier caso, creemos que no hay que confundir la finalidad o finalidades de cada concreto trámite con el conjunto de los fines que el Derecho fija al acto que se prepara a través de todo el procedimiento. Es obvio que la conservación de algunos de esos trámites ni satisface todas las finalidades del entero procedimiento ni, mucho menos, todas las del acto que se elabora a través del mismo.

c') Trámites susceptibles de ser conservados

El principio de conservación permite que se aprovechen los trámites del procedimiento seguido para emitir el reglamento inválido que todavía puedan cumplir su finalidad en la elaboración de uno nuevo. Habrá que atender, pues, al fin de cada trámite para determinar si todavía es capaz de cumplirlo. Este principio debe orientar la interpretación de los artículos 64.1 y 66 LPC. El 64.1 establece que «la anulabilidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero». Del 66 se deduce que son independientes del trámite viciado u omitido aquellos «cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción».

a') Trámites anteriores al omitido o ilegalmente realizado

En principio, estos trámites deben ser conservados por aplicación de la regla contenida en el artículo 66 arriba citado, ya que es imposible que la omisión o defectuosa realización de un trámite ulterior pueda haber influido sobre los que se realizaron en el pasado. La causa nunca es posterior en el tiempo al efecto. Que esos trámites precedentes al omitido o defectuosamente realizado deben ser conservados se desprende claramente de la letra del artículo 64.1 LPC. De hecho, las sentencias que anulan reglamentos inválidos por vicios de procedimiento o de forma suelen disponer la «retroacción de las actuaciones» al momento inmediatamente anterior a aquel en el que se cometió la correspondiente ilegalidad¹³¹.

¹³¹ Vid. la STS de 16-6-1984 (Ar. 4375), que anula un reglamento que adolecía de falta de publicación; la de 13-2-1992 (Ar. 2828), que anula un reglamento por falta de motivación; y la de 14-9-1994 (Ar. 6969), que anula un reglamento elaborado sin el preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

El que por regla general estos trámites deban ser conservados resulta del todo lógico, porque el mero hecho de la omisión o defectuosa realización de los que le siguen en el procedimiento no les priva a aquéllos de la aptitud para seguir cumpliendo su finalidad. De hecho, lo normal en todo procedimiento es que entre la realización de dos trámites sucesivos exista un cierto lapso de tiempo durante el cual el segundo de ellos todavía no ha sido llevado a cabo y, de momento, ha de entenderse omitido.

Lo que no se ha destacado suficientemente es que a veces estos trámites precedentes son inidóneos para cumplir su finalidad y, por consiguiente, no merecen ser conservados. Puede traerse aquí el caso del informe que ya no es apto para servir a su fin —proporcionar elementos de juicio al órgano decisor para que éste tome la decisión más acertada posible—, porque las circunstancias que se tuvieron en cuenta al emitirlo han cambiado con el transcurso del tiempo¹³². Ya vimos cómo en el Derecho alemán se considera que en estos casos de modificación de las circunstancias —fácticas o jurídicas— hay que proceder a una nueva ponderación¹³³. Esta misma doctrina se desprende *a sensu contrario* de la STS de 21 de noviembre de 1977 (Ar. 4473), que considera válida una disposición general para cuya emisión se habían aprovechado ciertos dictámenes evacuados en el procedimiento de elaboración de otra disposición anterior anulada, «ya que no mediaba ningún hecho nuevo para repetirlos».

b') Trámites posteriores al omitido o ilegalmente realizado

De acuerdo con el artículo 64.1 LPC, los trámites posteriores al omitido o defectuosamente realizado sólo se conservan cuando son independientes de éste. Dichos trámites son independientes cuando todavía pueden alcanzar su finalidad a pesar del vicio cometido en una fase anterior del procedimiento.

El procedimiento administrativo constituye un proceso de obtención y elaboración de información¹³⁴ que determina y concluye con una declaración de voluntad. La mayoría de los trámites que lo integran también constituyen en sí mismos procesos de obtención y elaboración de información que persiguen proporcionar la información elaborada a los sujetos que intervendrán en trámites posteriores del procedimiento. La omisión o defectuosa realización de alguno de aquellos trámites privará, pues, a determinadas personas de la información con la que, de acuerdo con la ley, debían contar para que los trámites en que participan cumplan su finalidad. Por ejemplo, la omisión de

¹³² Vid. Soto Kloss, «El cambio de circunstancias como causa de modificación o extinción del acto administrativo en el Derecho francés», *RAP*, 64, 1971, pp. 66 y 67, aunque este autor no se refiere específicamente al supuesto de la subsanación.

¹³³ Vid. *supra*, III.5.C).a).d').

¹³⁴ HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 211; HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 46 y ss.

un dictamen preceptivo hará que el órgano decisor dicte la correspondiente disposición reglamentaria sin tener a la vista los elementos de juicio que según el legislador debían haberse tenido en cuenta para que tal disposición fuese lo más acertada posible.

Los trámites en los cuales intervienen sujetos necesitados de la información que les ha sido sustraída ilegalmente por la omisión o realización defectuosa de un trámite anterior se presumen inválidos¹³⁵. Sólo cabría conservarlos si se demostrara, que, a pesar de su ilegalidad, cumplen con su finalidad, si se demostrara por ejemplo, que el dictamen de otro órgano consultivo emitido posteriormente o la resolución finalmente adoptada eran los más acertados que cabía emitir o, en palabras del artículo 66 antes citado, si su «contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción». Dificilmente podrá probarse esta circunstancia, sobre todo si se trata del procedimiento de elaboración de una decisión de carácter discrecional, como es un reglamento, porque siempre es posible que, de haber conocido la información que se les debía haber suministrado, el órgano consultivo o el órgano decisor hubiesen variado su dictamen o su resolución, respectivamente, para lograr un mayor acierto.

En definitiva, si la omisión o defectuosa realización de un trámite del procedimiento ha privado de la debida información a los sujetos participantes en trámites posteriores, no será posible conservar estos últimos. Si la Administración quiere subsanar el correspondiente reglamento inválido deberá repetir dichos trámites posteriores inválidos.

Según algunos autores, para que la subsanación sea lícita, «además de cumplir posteriormente el trámite omitido o indebidamente practicado, es necesario que éste todavía pueda cumplir la finalidad que le es propia»¹³⁶. Por ejemplo, sólo será posible subsanar la omisión de un informe preceptivo «cuando la Administración pueda revisar su decisión y formar de nuevo su voluntad a la vista del informe tardíamente emitido»¹³⁷. Pero no se trata exactamente de eso. Siguiendo con el mismo ejemplo: para que se produzca la subsanación no basta que la Administración tenga la posibilidad de resolver con posterioridad a la emisión del informe, sino que es necesario que resuelva y se pronuncie de nuevo teniendo ahora en cuenta dicho informe¹³⁸. El trámite

¹³⁵ Sobre esta presunción y su fundamento, *vid. supra*, VI.2.A).b).a')

¹³⁶ *Vid.* BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 209. En la doctrina alemana, HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., p. 100; HUFEN, *Fehler...*, cit., m. 598 y ss.; MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 153 y ss.

¹³⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 251. En sentido parecido dice el DCE de 14-5-1997 (RDL 23), emitido, precisamente, en relación con una norma ya publicada, que «tales circunstancias, hacen perder su virtualidad al dictamen de este Consejo, que, se configura esencialmente como previo a la decisión administrativa».

¹³⁸ Lógicamente, y como señalan las SSTs de 22-4-1992 (Ar. 3837) y 23-4-1992 (Ar. 3839), dicho pronunciamiento debe ser expreso y no ficticio o «presunto», como sucede cuando se desestima por silencio un recurso interpuesto contra el reglamento.

de resolución del antiguo procedimiento no merece ser conservado, porque la ley quiere que el órgano encargado de resolver cuente con la información proporcionada por el correspondiente órgano consultivo con el fin de adoptar una decisión lo más acertada posible. Como la resolución del antiguo procedimiento no vale, habrá que repetirla. Lo mismo sucede con la, en su caso, preceptiva motivación. Es más, aquí debería exigirse con especial rigor que la Administración razone por qué dicta una disposición reglamentaria de idéntico contenido al de otra anterior, pese a disponer de nuevos elementos de juicio de los que carecía cuando dictó la antigua.

En cambio, en principio no habrá obligación de volver a publicar el reglamento. La finalidad de este trámite es facilitar al público el conocimiento del contenido de la disposición reglamentaria y dar fehaciencia del mismo. Como ya ha quedado expuesto en diversas ocasiones, el reglamento subsanador tiene exactamente el mismo contenido que el anterior inválido. Por ello, no será necesario publicar de nuevo una regulación ya publicada. La antigua publicación puede ser conservada para dictar el nuevo reglamento, porque todavía puede cumplir su finalidad¹³⁹.

Esta regla general sufre la excepción de las normas reglamentarias viciadas de incompetencia. La vieja publicación no sirve para elaborar el reglamento subsanador, pues en ella aparece como autor un órgano distinto del que ha dictado éste, lo que impide a sus destinatarios reconocerlo correctamente. En consecuencia, habrá que repetir la publicación, en la cual se indicará que la norma ha sido dictada por el órgano competente.

Hay trámites que no han sido establecidos para suministrar información a los sujetos que van a intervenir en fases posteriores del procedimiento administrativo. Es el caso del trámite de autorización, que «tiene por finalidad subordinar el ejercicio de la competencia de un órgano a la voluntad de otro»¹⁴⁰. Dicho trámite no persigue proporcionar elementos de juicio al órgano decisor a fin de que resuelva del modo más conveniente para los intereses públicos, sino simplemente que el sujeto que ha de autorizar participe con su voluntad en la emisión del reglamento¹⁴¹. El trámite de resolución no necesita para cumplir las finalidades que le son propias —básicamente, adoptar la decisión más oportuna para el interés público— que antes haya sido otorgada la autorización.

Por consiguiente, si se quiere subsanar un acto administrativo —aquí, un reglamento— inválido por haberse dictado sin la preceptiva autorización,

¹³⁹ Habría que repetir la publicación si, como defiende BLANQUER, *El control...*, cit., pp. 321 y ss., la motivación del reglamento debe integrarse en el preámbulo del mismo.

¹⁴⁰ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 420.

¹⁴¹ Sobre las diferencias entre el trámite de informe y el de autorización, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 791 y 792.

podrán ser conservados los trámites del antiguo procedimiento realizados después del momento en que ésta debió otorgarse, entre ellos, el de resolución. Por esta razón permite el artículo 67 LPC que «si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el [simple] otorgamiento de la misma por el órgano competente».

b) Realización de los trámites necesarios para otorgar validez al nuevo reglamento que no puedan ser tomados del procedimiento de elaboración del reglamento inválido

Cuáles son los trámites que la Administración debe llevar a cabo para subsanar un reglamento inválido es algo que se determina negativamente, por sustracción. Del conjunto de los necesarios para conferir validez a cierta regulación jurídica se restan aquellos empleados en un anterior procedimiento todavía aptos para servir a dicha finalidad. El resultado son los que la Administración deberá realizar para subsanar el correspondiente reglamento. Aquí no se plantean demasiados problemas. Lo decisivo es precisar qué trámites del antiguo procedimiento pueden conservarse todavía.

4. LA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

A) Concepto

Algunos autores franceses utilizan un concepto amplio de convalidación legislativa. Por ejemplo, MATHIEU afirma que, en sentido lato, esta expresión comprende cualquier «intervención del legislador tendente a preservar total o parcialmente del control jurisdiccional (o de sus efectos) las disposiciones contenidas en un acto administrativo»¹⁴².

A nuestro juicio, este concepto es demasiado amplio. El mencionado autor llega a hablar de convalidaciones legislativas hasta en casos en los que ni siquiera existe un acto previo inválido¹⁴³. Además, es un concepto impreciso, pues no deja claro en qué consiste «preservar» un acto del control jurisdiccional, y ofrece una imagen negativa y distorsionada de las convalidaciones legislativas, ya que da la impresión —a nuestro juicio, equivocada— de que éstas suponen la exclusión de ciertos actos administrativos del control jurisdiccional, lo que indudablemente vulneraría la Constitución española¹⁴⁴.

¹⁴² MATHIEU, *Les validations législatives*, 1987, p. 37.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 40 y 72 y ss.

¹⁴⁴ *Vid.* los arts. 24.1 y 106.1 CE y el ap. V de la EM de la LJ.

En sentido estricto, la convalidación legislativa de un reglamento consiste en la adquisición de validez de éste como consecuencia de la emisión de una norma con fuerza de ley. Un reglamento que antes de la intervención del legislador era ilegal e inválido resulta que debe ser considerado legal y válido con posterioridad a la misma. Conviene señalar que la disposición convalidada no pierde su naturaleza administrativa. La disposición no adquiere rango o fuerza legal, sino únicamente validez. Ésta conserva su rango reglamentario y podrá ser derogada por un reglamento posterior.

La convalidación legislativa de un acto supone, pues, que una ley modifica las normas con arreglo a las cuales debía enjuiciarse la legalidad del mismo. Varios autores ponen de relieve que esa modificación tiene carácter retroactivo: «*La validation est nécessairement rétroactive*»¹⁴⁵. Aquí pueden repetirse, *mutatis mutandi*, las mismas precisiones realizadas al hablar de la subsanación: la convalidación legislativa de un reglamento habrá de tener eficacia retroactiva sólo en aquellos casos en los que éste pretendiese desplegar sus efectos jurídicos desde un momento anterior al de la fecha de entrada en vigor de la ley convalidatoria, lo que, por otra parte, hay que reconocer que será lo más probable.

Además, ha de tenerse en cuenta que la convalidación puede afectar a la totalidad o a sólo una parte del contenido del reglamento. La regulación establecida por éste tiene un determinado dominio de validez material, personal, territorial y temporal. La convalidación puede extenderse a la totalidad de ese dominio o sólo a una parte del mismo. Pues bien, es claro que la convalidación total, *ex tunc*, *ab initio*, de una disposición administrativa tendrá lógicamente efectos retroactivos —con el matiz expuesto en el párrafo anterior—, pero no ocurre lo mismo con su convalidación parcial. Por ejemplo, es imaginable la convalidación *ex nunc* de un reglamento, es decir, que una ley declare que aquél vale sólo desde la entrada en vigor de la norma legal.

B) Delimitación respecto de figuras afines

Hay actos del legislador que, si bien no pueden ser considerados como convalidaciones en sentido estricto, satisfacen necesidades y plantean problemas muy similares a los de éstas. Tales actos quedarían comprendidos en el concepto amplio de convalidaciones legislativas al que antes se ha hecho referencia¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MATHIEU, «Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente», *RFDA*, 1995, pp. 782 y 787. En sentido similar, PERROT, «Validation législative et actes administratifs unilatéraux», *RDPS*, 1983, p. 992; SCHRAMMECK, «Décisions du Conseil constitutionnel. Les validations législatives», *AJDA*, 1996, p. 369.

¹⁴⁶ *Vid.* MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 40 y ss.

a) La ratificación legislativa de un reglamento

El término ratificación no siempre se utiliza por los iuspublicistas con un significado preciso e inequívoco¹⁴⁷. La ratificación legislativa de una disposición administrativa consiste en que un acto con rango de ley asume como propio el contenido de esa disposición¹⁴⁸. A diferencia de los reglamentos convalidados, los ratificados legislativamente adquieren rango legal, por lo que la Administración no puede derogarlos mediante una disposición reglamentaria posterior¹⁴⁹. Por ejemplo, como la anulación de un precepto de la Ley de Tasas y Precios Públicos que permitía la regulación reglamentaria de estos precios dejaba sin cobertura a numerosas disposiciones administrativas y ponía en peligro la financiación de varios servicios públicos¹⁵⁰, el Real Decreto-Ley 2/1996 estableció la obligatoriedad de los reglamentos relacionados en su anexo, cuya modificación «sólo podrá realizarse por una norma con rango de Ley»¹⁵¹.

Existe cierta confusión entre ambas figuras. A veces, se llama convalidación a lo que es una ratificación. Así, la STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 3572) dice que el citado Real Decreto-Ley 2/1996 supone «una clara convalidación de la normativa anterior», pues «hace suyas y eleva al rango de ley las disposiciones anteriores». Otro tanto ocurre cuando el legislador «convalida» una regulación reglamentaria que según la Constitución sólo la ley puede establecer. Aquí no cabe una simple convalidación, pues la norma constitucional prohíbe que cierta materia sea regulada por reglamento. Sin embargo, cabe una interpretación razonable y conforme con la Constitución de estas declaraciones legislativas: a pesar de que el legislador diga expresamente que «convalida» una norma reglamentaria, hay que entender que lo que aquél está haciendo es otorgar rango legal y, por lo tanto, validez a la misma¹⁵², que, evidentemente, no podrá ser modificada mediante disposiciones administrativas. Veamos algunos ejemplos de ratificaciones «disfrazadas» de convalidaciones:

¹⁴⁷ Vid. SANTANIELLO, «Ratifica», *Enciclopedia del diritto*, 1987, t. XXXVIII, p. 706; CARACCIOLLO LA GROTTIERIA, *La ratifica degli atti amministrativi*, 1998, pp. 36 y ss.

¹⁴⁸ En sentido similar, MATHIEU, *Les validations...*, cit., p. 61.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 128 y 135, quien considera que la ratificación legislativa de un acto determina una «transformación de su naturaleza jurídica» (p. 57).

¹⁵⁰ Vid. la STC 185/1995, de 14 de diciembre.

¹⁵¹ Art. 1 del RD Ley 2/1996, de 26 de enero, que establecía que «a partir de la fecha de publicación de la STC 185/1995..., tendrán la consideración de prestaciones de carácter público los precios que se relacionan en el anexo [regulados por reglamentos],... Los obligados al pago y los demás elementos que configuran las distintas prestaciones patrimoniales serán los previstos en la normativa vigente el 12-1-1996...».

¹⁵² Vid., en sentido similar, MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 65 y ss., 86 y 131

La Ley de Extremadura 7/1998 dispuso: «Se convalida expresamente como Tasas, los Precios públicos por Estudios Universitarios regulados en el Decreto...»¹⁵³.

La Ley extremeña 7/1990 «convalidó» ciertos reglamentos anulados mediante sentencia firme por carecer del rango legal necesario para regular materias presupuestarias¹⁵⁴. En realidad se trataba de una ratificación. El propio legislador señalaba que «con la presente Ley se pretende convalidar aquellas operaciones de modo que se eleva a rango legal lo que era reglamentario»¹⁵⁵.

El Decreto 380/1984 de la Generalitat de Catalunya, que había creado el cargo de Director-Gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de esta Comunidad, fue anulado por la razón de que tal regulación no podía contenerse en una norma de rango reglamentario, sino en una ley¹⁵⁶. Pendiente el recurso de apelación contra la sentencia anulatoria, la Generalitat dictó su Ley 13/1988, en la que se establecía: «Se convalida el Decreto 380/1984,...»¹⁵⁷. Como muy bien observó el Tribunal Supremo, «esta decisión del Parlamento de Catalunya,..., con una técnica defectuosa, viene en definitiva a dar rango de Ley a lo antes regulado por una disposición reglamentaria»¹⁵⁸.

En ocasiones, se considera ratificación lo que, en verdad, constituye una convalidación. Es el caso de la Ley 26/1984, que dispuso que respecto de ciertas infracciones «sería de aplicación» el Real Decreto 1945/1983, «sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno»¹⁵⁹. El Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que dicha Ley «prestó cobertura legal» al mencionado reglamento¹⁶⁰, y en alguna ocasión ha afirma-

¹⁵³ Disp. adicional 4ª.4 de la Ley de Extremadura 7/1998, de Tasas y Precios Públicos.

¹⁵⁴ Vid. la STS de 7-2-1990 (Ar. 1075).

¹⁵⁵ EM de la Ley 7/1990, de 19 de diciembre, que ratifica las normas reguladoras de una emisión de deuda pública, porque «con los recursos obtenidos con aquella emisión se financiaron obras de infraestructuras muy importantes para la Comunidad que de otro modo no habrían podido ejecutarse y, por otra parte, refinanciar de nuevo aquella operación sería mucho más oneroso para la Hacienda autonómica habida cuenta del incremento considerable de los tipos de interés».

¹⁵⁶ S de la Audiencia Territorial de Barcelona de 31-5-1988, confirmada por la STS de 20-3-1996 (Ar. 2563), que, sin embargo, considera que el reglamento anulado padecía vicios de contenido.

¹⁵⁷ Disp. adicional 24ª.1 de la Ley 13/1988, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales.

¹⁵⁸ STS de 6-5-1998 (Ar. 3658).

¹⁵⁹ Disp. final de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁶⁰ Vid. las SSTs de 19-2-1988 (Ar. 1188), 8-6-1988 (Ar. 4543), 9-2-1991 (Ar. 1176), 12-11-1991 (Ar. 8646) y 24-2-1995 (Ar. 1601).

do que «lo elevó al rango de Ley en materia de infracciones y sanciones»¹⁶¹. Sin embargo, a nuestro juicio, aquella Ley no otorgó rango legal al citado Real Decreto, sino que simplemente lo convalidó. Así resulta de la posibilidad contemplada expresamente por el legislador de que el Gobierno lo modificara.

MATHIEU excluye de la categoría de las ratificaciones legislativas a las leyes que otorgan retroactivamente fuerza legal a un acto administrativo y a las que el autor llama «convalidaciones por sustitución», consistentes en la emisión de una ley cuyo contenido coincide con el de un acto administrativo anterior¹⁶². Por ejemplo, dos meses después de que el Tribunal Supremo anulase un Decreto de la Presidencia de la Comunidad de Murcia en virtud del cual se creaba el Municipio de los Alcázares, debido a que la competencia para establecer dicha regulación correspondía a la Asamblea Regional, la Ley murciana 4/1989 creó dicho Municipio y dispuso que esta creación retrotraería sus efectos al día de la entrada en vigor de aquel Decreto¹⁶³.

A nuestro juicio, la ratificación, la «convalidación por sustitución» y la atribución de fuerza legal a un reglamento son sustancialmente el mismo fenómeno: se dicta una norma con fuerza de ley de contenido idéntico al de una disposición reglamentaria anterior. Lo que pasa es que la técnica empleada para fijar el texto de la norma legal difiere. En el supuesto de las convalidaciones por sustitución el legislador determina él mismo, directamente, dicho texto —que coincide con el de un reglamento anterior—, mientras que en los dos restantes casos el enunciado de la ley se determina indirectamente, por referencia al de la disposición ratificada. La ratificación legislativa de un reglamento constituye, pues, un supuesto de lo que algunos autores veíamos que llamaban «recepción», «remisión rígida» o «incorporación por referencia»: una norma asume como propio el enunciado de otra¹⁶⁴.

b) La «convalidación legislativa por habilitación» de un reglamento inválido

Esta figura consiste en que el legislador permite a la Administración dictar una disposición reglamentaria retroactiva de igual contenido al de otra anterior inválida¹⁶⁵. La adquisición de validez del reglamento no se produce por la sola emanación de una ley, como ocurre en el caso de las convalidaciones legislativas *strictu sensu*, sino mediante la intervención sucesiva del legisla-

dor y de la Administración. A modo de ejemplo: el Tribunal Supremo anuló cierto reglamento que asignaba funciones liquidadoras a la Inspección de Tributos porque ello vulneraba la Ley General Tributaria¹⁶⁶; poco después, ésta fue modificada por la Ley 10/1985, que dispuso que la Inspección podría «practicar las liquidaciones tributarias resultantes de las actuaciones de comprobación e investigación, en los términos que reglamentariamente se establezcan»¹⁶⁷; este precepto fue desarrollado por el Reglamento General de Inspección de Tributos¹⁶⁸.

c) La declaración legislativa de validez de un reglamento válido

Cabe que el legislador declare la validez de un reglamento que ya era válido. Aquí no puede hablarse con propiedad de convalidación, puesto que ésta consiste en la adquisición de validez de una regulación *inválida*.

Podría ponerse en duda la utilidad de estas declaraciones, porque establecer la validez de una norma ya válida parece superfluo a primera vista. Sin embargo, aquéllas no son ni mucho menos gratuitas, pues satisfacen un evidente interés práctico: el legislador despeja las dudas que eventualmente pudieran existir acerca de la validez de la disposición administrativa en cuestión¹⁶⁹. La certeza jurídica justifica, pues, tales medidas legislativas.

Por ejemplo, la legalidad de las ordenanzas municipales sancionadoras relativas al estacionamiento de vehículos ha sido objeto de una jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia contradictoria¹⁷⁰, aunque el Tribunal Supremo las ha considerado ajustadas a Derecho¹⁷¹. La Ley 5/1997 da cobertura a dichas ordenanzas para acabar con «la confusión jurídica que se ha venido observando en esta materia»¹⁷².

¹⁶¹ STS de 12-11-1991 (Ar. 8646).

¹⁶² MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 43 y ss., 57 y 70.

¹⁶³ Vid. la STS de 30-5-1989 (Ar. 4096) y el art. 4 de la citada Ley 4/1989, de 28 de julio. La STS de 26-10-1999 (Ar. 7449) confirma la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la aprobación del Anteproyecto de aquella Ley.

¹⁶⁴ Vid. *supra*, IX.1.B).

¹⁶⁵ Vid. MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 39 y ss.

¹⁶⁶ STS de 24-4-1984 (Ar. 2711).

¹⁶⁷ Vid. el art. 140.c) LGT, redactado conforme al art. 5 de la Ley 10/1985, de 26 de abril. La STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8), declaró la validez de este precepto.

¹⁶⁸ (RD 939/1986, de 25 de abril). Hay que advertir que tanto la Ley 10/1985 como este RD carecían de efectos retroactivos.

¹⁶⁹ En sentido similar, LUCHAIRE, «Le Conseil constitutionnel et les lois de validation», *RDPS*, 1998, p. 26.

¹⁷⁰ En contra de la validez de tales ordenanzas, vid. las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 27-9-1995 (Ar. 1159), 30-4-1998 (Ar. 1874) y 4-6-1998 (Ar. 2341), la STSJ de Canarias de 16-3-1998 (Ar. 692) y la STSJ de Castilla y León de 15-5-1997 (Ar. 2080). A favor de su validez, vid. la STSJ de Murcia de 21-9-1994 (Ar. 491) y la STSJ de las Islas Baleares de 1996 (Ar. 73).

¹⁷¹ Vid. las SSTS de 26-12-1996 (Ar. 1233), 16-7-1998 (Ar. 8381) y 22-9-1999 (Ar. 6728).

¹⁷² Vid. la EM de la Ley 5/1997, de 24 de marzo, de reforma del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

C) Tipos de convalidaciones legislativas

a) Directas e indirectas

Según la fórmula lingüística utilizada por el legislador, la convalidación de un reglamento puede ser directa, si aquél alude inmediatamente a la norma reglamentaria para establecer su validez, o indirecta, si la ley se refiere a las situaciones y a los actos nacidos al amparo de la disposición reglamentaria, declarándolos válidos¹⁷³.

Así, por ejemplo, la citada Ley 26/1984 convalidó directamente cierto reglamento al establecer expresamente la obligatoriedad de aplicarlo en determinadas materias¹⁷⁴.

En cambio, el Real Decreto-Ley 1/1999, dictado como consecuencia de la anulación del Real Decreto 118/1991, regulador de la selección de personal estatutario y la provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social¹⁷⁵, estableció que «los procedimientos de selección de personal estatutario y de provisión de plazas,..., convocados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, se considerarán válidos en tanto no se opongan a las previsiones de esta norma»¹⁷⁶. Y la disposición transitoria de la Ley 7/1983, de Expropiación de «Rumasa», dispuso que «las Asambleas Generales de las Comunidades de Accionistas, a que se refiere el artículo 4 del Real Decreto-Ley 2/1983,..., convocadas,..., y celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, serán válidas y producirán los efectos previstos en el precepto citado»¹⁷⁷.

b) Explícitas e implícitas

La convalidación legislativa de un reglamento puede ser explícita, en cuyo caso la ley expresa clara y determinadamente que éste queda convalidado. Así, por ejemplo, la Ley 11/1993 de las Islas Baleares dispuso: «Se convalida

¹⁷³ Vid. CHAPÚS, *Droit...*, cit., p. 890; MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 89 y ss.

¹⁷⁴ Vid. *supra*, X.4.B).a).

¹⁷⁵ Vid. la STS de 1-12-1998 (Ar. 1643/1999) y la STC 203/1998, de 15 de octubre, que anuló por vicios de procedimiento el precepto legal que daba cobertura al RD 118/1991.

¹⁷⁶ Disp. transitoria 1.ª RD Ley 1/1999, de 8 de enero. La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, «sustituye y deroga» dicho RD Ley (disp. derogatoria única), aunque «las convocatorias realizadas conforme a lo previsto en [aquella disp. transitoria]..., se ajustarán a lo establecido» en la misma» (disp. transitoria única, ap. 2).

¹⁷⁷ La STC 111/1983, de 2 de febrero (FJ 8), que desestima un recurso contra el RD Ley 2/1983, consideró que la Ley 7/1983, proporcionaba «cobertura inatacable aquí a la expropiación». En contra, *vid.* el voto particular a esta STC firmado por seis magistrados.

la creación, por Decreto del Consell de Govern, de la empresa pública Gestión sanitaria de Mallorca»¹⁷⁸. La convalidación también puede realizarse implícitamente, en cuyo caso la adquisición de validez del reglamento no se establece expresamente por la ley, pero se deduce de las palabras que la misma emplea. Es el supuesto del Embalse de Itoiz, del que luego hablaremos.

MATHIEU, a la vista de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ha censado tres modalidades de convalidaciones legislativas implícitas. Las convalidaciones «por vía de consecuencia» se dan cuando la convalidación de un acto administrativo implica necesariamente la de otros actos, pues la validez de éstos últimos es condición *sine quae non* de la de aquél. En el caso de las convalidaciones «por referencia», la voluntad legislativa de convalidar se deduce de la mención que en el texto de la ley se hace a un acto. La mención a este acto se interpreta en el sentido de que presupone la voluntad legislativa de mantenerlo en vigor. Y, por último, la convalidación de un acto puede resultar de una «modificación de sus condiciones de aplicación». Así, cuando el legislador modifica la fecha de entrada en vigor de un acto, aplazándola o dándole a éste un carácter retroactivo, o cuando modifica el ámbito de su aplicación, declarándolo obligatorio para casos no previstos inicialmente en el mismo¹⁷⁹.

c) Categóricas y condicionadas

Algunos autores franceses distinguen entre convalidaciones integrales o totales, dirigidas a «purgar» cualquier vicio que el acto convalidado pudiera padecer, y aquellas parciales, que convalidan un acto administrativo en la medida en la que éste incurre en determinadas ilegalidades, de modo que el acto parcialmente convalidado no adquiere paradójicamente validez si adolece de otros defectos¹⁸⁰. Así, la mentada Ley 11/1993 de las Islas Baleares convalida integralmente un reglamento, sin restricciones o precisiones. En cambio, el Real Decreto-Ley 1/1999 establece la validez de «los procedimientos de selección de personal estatutario y de provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, convocados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley,..., en tanto no se opongan a las previsiones de esta norma»¹⁸¹.

Para referirnos a cada uno de estos dos tipos de convalidaciones consideramos más adecuado utilizar los adjetivos categóricas y condicionadas, respectivamente, en vez de totales y parciales.

¹⁷⁸ Disp. adicional 12ª de la Ley de las Islas Baleares 11/1993, de 22 de diciembre, de Presupuestos.

¹⁷⁹ Vid. MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 118 y ss.

¹⁸⁰ Vid. CHAPÚS, *Droit...*, cit., p. 890.

¹⁸¹ Disp. transitoria 1.ª del RD Ley 1/1999, de 8 de enero. La cursiva es nuestra.

d) Totales y parciales

La convalidación puede afectar a la totalidad o a sólo una parte del contenido de una disposición reglamentaria. En este último caso, el reglamento inválido adquiere validez respecto de sólo algunos actos y situaciones a los que tenía vocación de ser aplicado. Así, por ejemplo, el arriba citado Real Decreto-Ley 1/1999 no confiere validez a todos los efectos jurídicos del Real Decreto 118/1991, sino únicamente a los producidos por éste en el pasado. Y es que las convalidaciones indirectas suelen tener carácter parcial¹⁸².

D) Justificación

Ya sabemos que la convalidación de un reglamento puede servir a diversos principios jurídicos. Se evitan: los perjuicios que a la seguridad jurídica ocasionaría su invalidez; la incertidumbre existente acerca de la validez de los actos y situaciones nacidos de su aplicación; y el desamparo en el que quedarían los intereses dignos de protección jurídica a los que el reglamento inválido daba cobertura.

Si la convalidación de la disposición reglamentaria es de carácter legislativo, no se causa perjuicio alguno al principio de legalidad, pues dicha disposición, en virtud de una modificación legislativa del ordenamiento jurídico, se ajusta al mismo y, por consiguiente, no incurre en vicio alguno determinante de su invalidez.

E) Límites constitucionales

a) Excursus

Las convalidaciones legislativas ponen en juego numerosos principios y normas constitucionales. Sin embargo, la doctrina española apenas les ha prestado atención¹⁸³. Por ello, resulta especialmente interesante el estudio de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* francés relativa a estas medidas, pues este órgano jurisdiccional ha ido formulando una serie de criterios con arreglo a los cuales hay que enjuiciar la constitucionalidad de las mismas, que en el país vecino son extraordinariamente frecuentes, «moneda corriente»¹⁸⁴.

¹⁸² Según MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 89 y ss., las convalidaciones de los actos dictados en aplicación de una disposición anulada privan parcialmente de efectos a la correspondiente sentencia anulatoria.

¹⁸³ Vid. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, 1989, pp. 73-82; y DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, «Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia», *RAP*, 149, 1999, pp. 457-485.

¹⁸⁴ CAMBY, «Coups d'arrêt aux validations législatives: limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles?», *RDPSP*, 1996, p. 324. MATHIEU, *Les validations...*, cit.,

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a dichas convalidaciones también merece ser comentada. Recordemos que el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, forma parte del ordenamiento jurídico español¹⁸⁵, y que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce» han de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en dicho acuerdo internacional (art. 10.2 CE). Además, la influencia que la jurisprudencia de este Tribunal ha ejercido sobre la del Tribunal Constitucional español es un hecho notorio¹⁸⁶.

a) Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del Conseil constitutionnel français

Aunque en el país vecino la práctica de las convalidaciones legislativas es ya antigua¹⁸⁷, hay que esperar hasta la Decisión del *Conseil constitutionnel* 80-119, de 22 de julio de 1980¹⁸⁸ para que un órgano jurisdiccional declare cuáles son los límites constitucionales de las mismas. Según esta Decisión, «resulta de la Constitución,..., y de los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República,..., que la independencia de las jurisdicciones está garantizada, así como el carácter específico de sus funciones, las cuales no pueden usurpar ni el legislador ni el Gobierno», y que éstos no pueden «censurar las decisiones de las jurisdicciones, ni dirigir a éstas mandamientos o sustituirlas en el enjuiciamiento de los litigios que les competen». Sin embargo, estos «principios de valor constitucional no se oponen a que,..., por vía de disposiciones retroactivas, el legislador modifique las reglas que el Juez tiene la misión de aplicar». Varios autores deducen de estas palabras que no son constitucionalmente lícitas las convalidaciones *a posteriori*¹⁸⁹, es decir, las de actos que ya han sido anulados.

pp. 295 y ss., ha censado 81 convalidaciones legislativas producidas hasta 1987; en «Les validations...», cit., p. 781, nos informa que sólo en 1994 y principios de 1995 se dictaron 10 leyes convalidatorias.

¹⁸⁵ Vid. el art. 96 CE. Dicho Convenio fue publicado en el BOE de 10-10-1979.

¹⁸⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, L., «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, 137, 1995, pp. 7-29.

¹⁸⁷ PERROT, «Validation...», cit., p. 983, que cita una Ley de 25-12-1938.

¹⁸⁸ (RDPSP, 1980, pp. 1692 y ss.), comentada por CARCASSONE, «Note de jurisprudence», *AJDA*, 1980, pp. 602 y ss.; DE VILLIERS, «Note de jurisprudence», *RA*, 1981, pp. 33 y ss.; FAVOREAU y LOIC, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1986, pp. 464 y ss.; FAVOREAU, «La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980», *RDPSP*, 1980, pp. 1658 y ss.

¹⁸⁹ FAVOREAU y LOIC, *Les grandes...*, cit., p. 469; MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 226 y ss.; PERROT, «Validation...», cit., p. 997; DE VILLIERS, «Note...», cit., p. 34.

No obstante, esta conclusión debe ser matizada a la luz de la jurisprudencia posterior del *Conseil constitutionnel*, según la cual lo que el legislador debe respetar son las situaciones jurídicas nacidas de decisiones jurisdiccionales que tienen valor de cosa juzgada¹⁹⁰. De hecho, el legislador francés dicta muchas veces sus leyes convalidatorias «*sous réserve des décisions de justice devenues définitives*»¹⁹¹. Además, debe tenerse en cuenta que dicho Tribunal admite con toda normalidad la convalidación «indirecta» de los reglamentos anulados mediante sentencia firme¹⁹². Es decir, sólo las situaciones concretas —no las reglamentarias, generales-abstractas— amparadas por la cosa juzgada quedan fuera del alcance de la ley convalidatoria.

El segundo límite de la posibilidad que tiene el legislador de modificar «las reglas que el Juez tiene la misión de aplicar» lo constituye el principio constitucional de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables¹⁹³. No cabe dar carácter retroactivo a la convalidación de una norma sancionadora que agrave la situación de los ciudadanos¹⁹⁴.

En tercer lugar, la convalidación debe estar justificada por razones de interés general, aunque el *Conseil* ha admitido que dichas razones no sean explicitadas por el legislador¹⁹⁵. Teniendo en cuenta que las convalidaciones suelen afectar a normas tributarias y reguladoras de la función pública —especialmente, relativas a la selección de funcionarios—, los intereses generales justificantes de tales medidas son, por poner algunos ejemplos: evitar «riesgos considerables para el equilibrio financiero del sistema bancario en su conjunto y, por consiguiente, para la actividad económica general»¹⁹⁶; «prevenir el desarrollo de litigios cuyo resultado hubiera podido atentar a la continuidad del servicio público de la protección social,..., y amenazar la paz pública»¹⁹⁷ o quebrantar el «equilibrio financiero de la Seguridad social»¹⁹⁸;

¹⁹⁰ Vid., por ejemplo, las DDC 96-375, de 9-4-1996 (RDPSP, 1996, pp. 1159 y ss.); 97-390, de 19-11-1997 (RDPSP, 1998, p. 34); 97-393, de 18-12-1997 (RDPSP, 1998, pp. 19 y ss.).

¹⁹¹ Vid., por ejemplo, el art. 2 de la Ley Orgánica 97-1074, de 22-11-1997 (RDPSP, 1998, p. 33).

¹⁹² Vid. las DDC 80-119, de 22-7-1980 (RDPSP, 1980, pp. 1692 y ss.) y 85-192, de 24-7-1985 (AJDA, 1985, pp. 485 y ss.).

¹⁹³ Consagrado expresamente en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

¹⁹⁴ Vid., al respecto, MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 249 y ss., y la citada DC 80-119.

¹⁹⁵ Vid. MATHIEU, «Les validations...», cit., 1995, p. 783.

¹⁹⁶ DC 96-375, de 9-4-1996 (RDPSP, 1996, p. 1161). Aquí la convalidación tuvo por objeto ciertos contratos privados bancarios.

¹⁹⁷ DC 97-390, de 19-11-1997 (RDPSP, 1998, p. 34).

¹⁹⁸ DC 97-393, de 18-12-1997 (RDPSP, 1998, p. 20). Vid., también, la DC 93-332, de 13-1-1994 (RFDA, 1995, p. 789).

«asegurar la financiación» de ciertas obras públicas¹⁹⁹; «preservar el funcionamiento continuo del servicio público y el desarrollo normal de las carreras del personal» al servicio de la Administración²⁰⁰. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel* también ha señalado que «la sola consideración de un interés financiero,..., no constituye un motivo de interés general» que autorice al legislador para convalidar indirectamente un acto ya anulado²⁰¹.

La justificación de la medida legislativa implica la proporcionalidad de ésta con el objetivo perseguido. Y es que las convalidaciones legislativas pueden menoscabar ciertos intereses, incluso de rango constitucional. Con frecuencia, aquéllas comportan una cierta desigualdad entre los ciudadanos a los que la convalidación no afecta por haber ya obtenido una sentencia firme y los restantes²⁰². Y la convalidación de actos que se hallan *sub iudice* convierte en inútiles los gastos procesales efectuados por los recurrentes. Pues bien, el *Conseil constitutionnel* ha declarado al respecto que el legislador debe conciliar las diferentes exigencias constitucionales presentes en el caso concreto²⁰³. Así, por poner un ejemplo, se ha admitido una convalidación que no afectaba a situaciones amparadas por la cosa juzgada, porque esta medida evitaba ciertos riesgos considerables para el equilibrio del sistema bancario en su conjunto..., y porque la diferencia de trato que el legislador establecía en beneficio de los ciudadanos que ya habían obtenido una sentencia firme a su favor respondía a la prohibición constitucional de censurar las decisiones de las jurisdicciones²⁰⁴. Es de notar que el *Conseil constitutionnel* reconoce al legislador un amplio margen de discrecionalidad a la hora de conciliar tales exigencias, limitándose a censurar los llamados «errores manifiestos de apreciación» en los que éste haya podido incurrir²⁰⁵.

Por último, el *Conseil* ha venido a afirmar la inconstitucionalidad de las convalidaciones categóricas. El legislador ha de indicar el concreto vicio del que el acto en cuestión queda purgado. «Una convalidación no puede tener por efecto, bajo pena de desconocer el principio de separación de poderes y el

¹⁹⁹ DC 94-358, de 26-1-1995 (RFDA, 1995, p. 791).

²⁰⁰ DC 80-119, de 22-7-1980 (RDPSP, 1980, pp. 1692).

²⁰¹ DC 95-369, de 28-12-1995, que declara inconstitucional la ley enjuiciada.

²⁰² Ya lo advertía AUBY, «Note de jurisprudence. Sur une validation législative», *RDPSP*, 1974, p. 1506. Vid., también, las conclusiones del Comisario THÉRY, en el caso decidido por el *Arrêt* del *Conseil d'Etat* de 11-5-1979 (AJDA, 1980, pp. 253 y ss.), MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 252 y ss.; PERROT, «Validation...», cit., pp. 1008 y ss.

²⁰³ Vid. las DDC 97-390, de 19-11-1997 (RDPSP, 1998, p. 34); 97-393, de 18-12-1997 (RDPSP, 1998, pp. 20 y 21).

²⁰⁴ DC 96-375, de 9-4-1996 (RDPSP, 1996, p. 1161).

²⁰⁵ Así lo advierten FAVOREAU, «Chronique constitutionnelle», *RDPSP*, 1986, p. 470; MATHIEU, «Les validations...», cit., 1995, p. 783; PRÉTOT, «Notes...», cit., pp. 1156 y ss.; SCHRAMMECK, «Décisions...», cit., pp. 370 y 371.

derecho a la tutela judicial efectiva,..., prohibir todo control jurisdiccional del acto convalidado cualquiera que sea la ilegalidad invocada por los recurrentes».²⁰⁶

b) Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal de Estrasburgo ha enjuiciado varias veces la compatibilidad de convalidaciones legislativas con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La STEDH de 29 de noviembre de 1991 (*Piney Valley y otros*, 290/91) considera discriminatorio que se hubieran convalidado todos los «certificados de urbanismo» pertenecientes a cierta categoría excepto el del recurrente.

La STEDH de 9 de diciembre de 1994 (*Refinerías Griegas Stran y Stratis Andreadis*, 493/94) conoce de una intervención legislativa que sólo impropiamente puede ser calificada como convalidación. En 1972, el señor *Andreadis* y el Estado griego celebraron un contrato por el que el primero se obligaba a construir una refinería de petróleo en unos terrenos que el segundo le proporcionaría después de expropiarlos. Restablecida la democracia en Grecia, el Estado heleno rescindió los contratos «de favor» celebrados durante el régimen militar (1967-1974), devolvió los terrenos expropiados a sus antiguos propietarios y prohibió continuar la construcción de aquella refinería. *Andreadis* reclamó una indemnización por los daños que este incumplimiento le había causado y un «Tribunal arbitral», constituido de acuerdo con las cláusulas de aquel contrato, estimó parcialmente dicha reclamación. El Estado impugnó sin éxito el correspondiente laudo arbitral alegando, tanto en primera instancia como en apelación, la incompetencia del «Tribunal arbitral» para conocer de este asunto y, subsidiariamente, la prescripción de la acción de *Andreadis*. Poco antes de resolverse el subsiguiente recurso de casación, el Parlamento griego adoptó una Ley que establecía la incompetencia de los «Tribunales arbitrales» para resolver acerca de aquellos contratos «de favor», la invalidez de los laudos emitidos sobre estos asuntos, la prescripción de toda pretensión sostenida frente al Estado derivada de estos contratos y la anulación de todo proceso judicial pendiente en el que se dedujera alguna de estas pretensiones²⁰⁷. En aplicación de esta Ley, el Tribunal de Casación griego declaró la nulidad del laudo impugnado.

²⁰⁶ DC 99-422, de 21-12-1999 (RFDA, 2000, p. 303).

²⁰⁷ La Ley dispone que «el sentido auténtico de las disposiciones del art. 2.2 de la Ley 141/1975 relativa a la rescisión de los contratos celebrados entre el 21-4-1967 y el 24-7-1974 es el siguiente: la rescisión de estos contratos entraña la anulación de pleno derecho de todas sus condiciones y cláusulas, comprende la cláusula de arbitraje para la solución de cualquier litigio; toda competencia de los Tribunales arbitrales deja de existir».

El TEDH declaró que el Estado griego había lesionado el derecho a un proceso justo²⁰⁸, al «intervenir de manera decisiva para orientar a su favor el resultado —inminente— del proceso en el cual era parte». Este derecho «se opone a toda injerencia del Poder legislativo en la Administración de la justicia con el fin de influir sobre el desenlace de un litigio» (§§ 49 y 50 de la Sentencia). Sin embargo, en nuestra opinión, lo decisivo en este caso era que la intervención legislativa enjuiciada, además de tener carácter singular (§ 47), impedía con carácter absoluto que los derechos de *Andreadis* pudieran ser tutelados judicialmente²⁰⁹.

También consideró lesionado el derecho de propiedad²¹⁰ pues, si bien el Estado puede rescindir por razones de interés público un contrato celebrado entre particulares, éstos deben quedar indemnes por ello al objeto de conciliar las exigencias del interés general y las de aquel derecho.

La STEDH de 22 de octubre de 1997 (*Papageorgiou*, 843/97) resuelve en sentido similar un caso semejante²¹¹.

La STEDH de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros*, 845/97) enjuicia una convalidación legislativa *strictu sensu*. El caso es como sigue. Debido a la modificación de la regulación de cierto tributo efectuada por un reglamento que entró en vigor en abril de 1986, se produjo un «desfase» en el periodo impositivo de ese tributo. Para evitar que ciertas rentas obtenidas por determinados contribuyentes en los meses anteriores a dicha fecha quedaran libres de gravamen, una de las disposiciones transito-

²⁰⁸ El art. 6.1 CEDH dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...».

²⁰⁹ «Los interesados se encontraban con la imposibilidad de obtener la ejecución de una sentencia arbitral definitiva que condenaba al Estado a pagarles ciertas cantidades,..., [y] de reivindicar de nuevo estas cantidades por la vía judicial» (§ 67 de esta STEDH).

²¹⁰ El art. 1 del Protocolo Adicional, de 20-3-1952, al CEDH, establece que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

²¹¹ Una Empresa Pública griega había sido condenada en primera instancia a pagar a algunos de sus asalariados ciertas cantidades. Poco antes de resolverse el recurso de casación interpuesto por dicha Empresa, se dictó una Ley en la que se establecía la imposibilidad de reivindicar tales cantidades, la prescripción de las pretensiones relativas a ellas y la anulación de todo proceso judicial pendiente ante cualquier jurisdicción cuyo objeto fuera dicha reivindicación.

rias de este reglamento las sometió a tributación. En junio de 1986, la sociedad *Woolwich* impugnó dicha disposición transitoria y, en julio de 1987, demandó ante los Tribunales la devolución de los ingresos efectuados en virtud de la misma, dinero que se le devolvió a finales de ese año. A pesar de que una Ley de 25 de julio de 1986 podía interpretarse en el sentido de que prestaba cobertura y convalidaba la disposición transitoria atacada —ésta era la intención del Gobierno autor del correspondiente Proyecto de Ley—, la Cámara de los Lores no lo entendió así y, en octubre de 1990, la anuló por haberse excedido de la habilitación legal. La *National & Provincial Building Society* y otras dos sociedades se encontraban en una situación similar a la *Woolwich* y, a la vista del resultado de los dos procesos emprendidos por esta última, demandaron en marzo de 1991 la devolución de los ingresos efectuados en virtud de aquella disposición transitoria. Ese mismo mes, el Ministro de Finanzas anunció la futura convalidación del reglamento arriba citado, convalidación que se efectuó por la Ley de 25 de julio de 1991, que, no obstante, dejó a salvo la situación jurídica en la que había quedado la *Woolwich*. Posteriormente, la Ley de 16 de julio de 1992 convalidó ciertas disposiciones administrativas vigentes desde 1986 e impugnadas también por aquellas tres sociedades. Éstas desisten de los procesos iniciados y acuden al TEDH por considerar violados sus derechos de propiedad, a un proceso justo y de igualdad.

Las demandantes estimaban que tenían derecho a la devolución de los ingresos indebidamente efectuados y que la Ley de 1991 les había privado de esos bienes sin indemnizarles. El Tribunal Europeo consideró que éstas no podían tener la garantía firme de obtener lo solicitado en los procesos que habían iniciado; los créditos reivindicados no estaban suficientemente consolidados al efecto de ser examinados sobre la base de la legislación anterior a la Ley de 1991. No obstante, dicho Tribunal partió de la hipótesis de que dichos créditos constituían bienes y de que la citada Ley suponía una injerencia en los mismos.

En cualquier caso, el TEDH consideró justificada dicha injerencia. La Ley de 1991 satisfacía un «interés general evidente e imperioso»: evitar el enriquecimiento injusto de las sociedades demandantes, que de manera «oportunistas» pretendían aprovecharse de los vicios no sustanciales de cierto reglamento debidos al «olvido» de la primera ley de habilitación, y ello a costa de los fondos públicos. De otro lado, el interés general en disipar toda incertidumbre acerca de la legalidad de ciertos impuestos recaudados desde 1986 justificaba la Ley de 1992.

El TEDH tampoco consideró discriminatorio el diferente trato otorgado a las tres sociedades demandantes, de un lado, y a la *Woolwich*, de otro²¹². La

²¹² En este punto, el Magistrado JAMBREK discrepa de la mayoría en su voto particular.

razón fundamental que justificaba esta diferencia es que esta última sociedad había obtenido antes de promulgarse la Ley de 1991 una sentencia firme que ordenaba la restitución de las sumas de dinero entregadas.

Las demandantes alegaban que el Estado, utilizando su poder legislativo, había intervenido decisivamente para orientar en su favor el resultado de procesos en los que era parte. Pero el TEDH negó que la convalidación hubiese lesionado el derecho de las demandantes a un proceso justo, derecho que conoce ciertos límites. En primer lugar, la intervención del legislador se encontraba justificada por razones de interés general. En segundo lugar, la convalidación no supuso ninguna sorpresa para las sociedades recurrentes, ya que después de la resolución del asunto *Woolwich* éstas podían razonablemente esperar la reacción del legislador.

La STEDH de 28 de octubre de 1999 (*Zielinski, Pradal, González y otros*, 24846/94)²¹³ estima que una «convalidación por sustitución» había vulnerado el derecho a un proceso justo. En virtud de un convenio colectivo celebrado en 1953, determinados funcionarios franceses tenían derecho a cobrar cierto complemento salarial calculado a un tipo de 12 puntos. En 1963, la Administración modificó unilateralmente dicho convenio y fijó un tipo de 6 y, luego, en 1974, uno de 3,95. En 1988, varios funcionarios reclamaron el pago de los complementos posteriores a 1983 calculados conforme al convenio de 1953. La mayoría de los Tribunales de primera instancia y de apelación entendieron que la Administración había modificado ilegalmente el tipo establecido en 1953, y estimaron las pretensiones de los actores, aunque algún Tribunal decidió en sentido contrario. Antes de que se pronunciara la Corte de Casación al respecto, se dictó una ley que fijaba en 3,95 puntos el tipo con arreglo al cual había que calcular el complemento a partir del año 1983. El *Conseil constitutionnel* consideró que esa medida era ajustada a la Constitución. La Corte de Casación se atuvo estrictamente a lo dispuesto en dicha norma legal.

El TEDH, en primer lugar, reafirma su jurisprudencia anterior: «Si bien al legislador no le está vedado regular en materia civil, mediante nuevas disposiciones de carácter retroactivo, derechos derivados de leyes en vigor, el principio de preeminencia del derecho y la noción de proceso justo consagrados por el artículo 6 se oponen, salvo motivos imperiosos de interés general, a la injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir sobre el desenlace judicial de un litigio» (§ 57).

En segundo lugar, el TEDH considera que en el caso enjuiciado se había vulnerado el derecho a un proceso justo, fundamentalmente porque la intervención del legislador no estaba suficientemente justificada, ni tampoco

²¹³ Comentada por MATHIEU, «Les validations législatives devant de juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle», *RFDA*, 2000, pp. 289-299.

era previsible por los ciudadanos. En efecto, el riesgo financiero aducido por el Estado francés no era atendible ni había sido acreditado. Las divergencias judiciales producidas podían haber sido resueltas en casación. Y la jurisprudencia mayoritaria era favorable a los recurrentes, que no pretendían enriquecerse injustamente aprovechándose de un defecto de técnica legislativa, como en el caso de la *National & Provincial Building Society*, sino el respeto de sus derechos derivados de un convenio válido y obligatorio (§§ 58-61).

b) Constitucionalidad del contenido del reglamento

Obviamente, una ley no puede dar validez a una regulación inconstitucional, a una norma reglamentaria que *contradice* lo dispuesto en la Constitución. Así, por ejemplo, la ley que declara la obligatoriedad de una regulación reglamentaria discriminatoria o lesiva de un determinado derecho fundamental es, lógicamente, inconstitucional.

Por la misma razón, el *Conseil d'Etat* francés anuló un acto dictado en aplicación de una disposición administrativa «convalidada» legislativamente que contenía una regulación contraria al Derecho comunitario²¹⁴. Tal convalidación era inadmisibile.

c) El principio de legalidad

Según MATHIEU, las convalidaciones *strictu sensu* —que nosotros llamamos categóricas— vulneran el principio de legalidad de los actos administrativos, ya que en estos casos el legislador prohíbe al Juez anular un acto a pesar de su ilegalidad²¹⁵. En sentido parecido, LESAGE sostiene que las convalidaciones legislativas son contrarias al principio de «no intervención del legislador en el contencioso-administrativo», pues «el legislador no puede impedir a un Tribunal anular un acto irregular», el ciudadano afectado «tiene derecho a defenderse contra las ilegalidades de la Administración» y, además, «el principio de legalidad exige que las ilegalidades de la Administración sean sancionadas»²¹⁶.

Estas opiniones se asientan sobre una premisa que nos parece insostenible. Según algunos autores, el acto convalidado legislativamente sigue siendo ilegal²¹⁷. Esta afirmación constituye un verdadero absurdo. ¿Resulta acaso

²¹⁴ Vid. el *Arrêt* del *Conseil d'Etat* de 5-5-1995 (AJDA, 1995, pp. 936 y ss., comentado por HAMONIAUX).

²¹⁵ MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 237, n. 4, y 239 y ss.

²¹⁶ LESAGE, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, 1960, pp. 114 y ss., esp., p. 127.

²¹⁷ LESAGE, *Les interventions...*, cit., p. 117; MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 38, 237, n. 4 y 243; PERROT, «Validation...», cit., p. 985.

lógico estimar que un acto cuya validez ha sido establecida expresamente por una norma legal vulnera la ley? La respuesta, evidentemente, debe ser negativa. Tal vez ese acto infringiese una ley anterior a la convalidatoria, pero las leyes posteriores prevalecen sobre las anteriores.

d) La «reserva de jurisdicción» y el derecho a la tutela judicial efectiva

Hemos visto que según algunos autores franceses determinadas convalidaciones legislativas vulneran el principio constitucional de la «no intervención del legislador en el funcionamiento de la justicia», manifestación del de separación de poderes. En sentido similar, MUÑOZ MACHADO considera que hay convalidaciones legislativas constitucionalmente inadmisibles por penetrar en el «campo propio de la función jurisdiccional», en la «reserva de jurisdicción» establecida por nuestra Constitución²¹⁸. Lo que no dice este autor es en qué supuestos se produce una de estas intromisiones inconstitucionales.

Esta «reserva» —también llamada «reserva de poder judicial»²¹⁹ o «principio de monopolio de la jurisdicción»²²⁰ o «de exclusividad en sentido positivo»²²¹— vendría establecida en el artículo 117.3 CE: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales...». Como es obvio, habrá que averiguar previamente en qué consiste aquella potestad para poder determinar si el legislador la ha usurpado. A tal efecto, se requiere un concepto de potestad jurisdiccional «en el que ésta se identifique a partir de un determinado contenido material de la función misma, con abstracción total de quién sea titular»²²². Una definición de esta potestad que incluyese ingredientes subjetivos —v. gr., «potestad,..., ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes», de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado»²²³— vaciaría de contenido el artículo 117.3 CE, pues hiciesen lo que hiciesen el legislador o la Administración nunca usurparían *ex definitione* la potestad jurisdiccional, al no ser Juzgados ni Tribunales²²⁴.

²¹⁸ MUÑOZ MACHADO, *La reserva...*, cit., p. 82.

²¹⁹ DIEZ-PICAZO, L. M.^a, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, 1991, pp. 43 y ss.

²²⁰ DE OTTO, *Estudios...*, cit., pp. 81 y ss.

²²¹ Ésta es la expresión usual entre los procesalistas. Vid., por ejemplo, MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 95 y ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, 1986, pp. 161 y ss.

²²² DE OTTO, *Estudios...*, cit., p. 18. La cursiva es suya.

²²³ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. I, p. 40. La cursiva es nuestra.

²²⁴ Así lo advierte DE OTTO, *Estudios...*, cit., p. 18. En el mismo sentido, respecto del art. 92 GG, que dice que «el poder jurisdiccional se encomienda a los jueces», BETTERMANN,

Al respecto, puede servir una definición que goza de un cierto respaldo doctrinal: aquélla sería la potestad de determinar irrevocablemente el Derecho en un caso concreto. Esta irrevocabilidad, la llamada «fuerza de cosa juzgada», sería lo particular de las decisiones jurisdiccionales, lo que las distingue de otros actos jurídico-públicos²²⁵. Se trata de poder decir «la última palabra». «Después de ella no hay nada más»; en virtud de la cosa juzgada «se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al Derecho»²²⁶. Así se desprende del artículo 118 CE, que dispone que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales»²²⁷.

También se ha cuestionado la compatibilidad de las convalidaciones legislativas con el *droit à la justice*²²⁸, el derecho reconocido por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos a toda persona para que su causa sea oída equitativamente por un Tribunal independiente e imparcial que decida sobre sus derechos y obligaciones²²⁹, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 CE, que comprende el «derecho de acceso a la jurisdicción..., que tiene por objeto la obtención de una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes»²³⁰, y el «derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos»²³¹,..., y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada..., fuese desconocida, vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso»²³².

En realidad, se trata del mismo problema visto desde distintas perspectivas. El derecho a la tutela judicial efectiva implica necesariamente la existencia de una reserva de jurisdicción²³³. Cuando el legislador invade el

«Die rechtsprechende Gewalt», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), 1988, t. III, p. 784.

²²⁵ Vid. DE ORTO, *Estudios...*, cit., pp. 19 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, «Jurisdicción», *NEJ*, 1971, t. XIV, *passim*, esp., p. 408. Con matices, Díez-PICAZO, L. M.³, *Régimen...*, cit., p. 31, que considera que «la irrevocabilidad no es una característica exclusiva de la jurisdicción», y REQUEJO PAGÉS, *Jurisdicción...*, cit., pp. 67 y ss., que añade que la irrevocabilidad de la jurisdicción es relativa, si bien la máxima admitida por el ordenamiento.

²²⁶ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 135 y 136.

²²⁷ Según Díez-PICAZO, L. M.³, *Régimen...*, cit., p. 30, este precepto «consagra la naturaleza vinculante e irreversible de las resoluciones judiciales firmes».

²²⁸ Vid. MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 274 y ss.

²²⁹ Vid. *supra*, X.4.E).a).b').

²³⁰ STC 6/1999, de 8 de febrero (FJ 3).

²³¹ Vid., las SSTC 67/1984, de 7 de junio (FJ 2), y 15/1986, de 5 de marzo (FJ 15).

²³² STC 159/1987, de 26 de octubre (FJ 2). Vid., también, la STC 31/1999, de 8 de marzo (FJ 4).

²³³ En sentido similar, Díez-PICAZO, L. M.³, *Régimen...*, cit., p. 44.

campo reservado a los Tribunales, juzgando y resolviendo de manera irrevocable un caso concreto, vulnera al mismo tiempo el derecho de las personas afectadas a que su caso sea decidido por un Tribunal. Cuando la Administración incumple una sentencia firme, lesiona no sólo el artículo 118 CE, sino también el 24.1. Como han observado algunos autores, el principio de separación de poderes [del cual la reserva de jurisdicción es una manifestación] y los derechos fundamentales tienen un cierto carácter sustitutivo. Unos y otros caminan en la misma dirección, asegurar la libertad de los ciudadanos, de ahí que con frecuencia se alternen, se entremezclen o se superpongan²³⁴.

a) El caso de las convalidaciones categóricas

La convalidación legislativa categórica de un reglamento pretende «purgar» todos los vicios que éste pudiera sufrir. MATHIEU ha afirmado la inconstitucionalidad de estas convalidaciones, que él llama *strictu sensu*, por cuanto lesionan el «*droit à la justice*»²³⁵. En el mismo sentido se ha pronunciado el *Conseil constitutionnel*²³⁶.

Pero esta opinión ha de situarse en el contexto del Derecho francés. Obsérvese que si un Tribunal niega la validez a una disposición convalidada categóricamente, inaplicándola o anulándola, desobedece a la ley convalidatoria. Como en Francia los Tribunales ordinarios no pueden inaplicar las leyes que estimen inconstitucionales, ni tampoco provocar su anulación mediante una suerte de cuestión de inconstitucionalidad²³⁷, la convalidación categórica de un acto tendrá por efecto —según aquel autor— «prohibir al Juez administrativo conocer la legalidad de ese acto por cualquier motivo que sea»²³⁸. Y, en consecuencia, el ciudadano afectado por el acto inconstitucionalmente convalidado quedará indefenso.

²³⁴ MARTÍN-RETORTILLO, L., «De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español», *RCEC*, 1989, p. 59; PÉREZ SERRANO, «El principio de separación de poderes: antecedentes del problema», *Escritos de Derecho político*, 1984, pp. 655 y 666. Sabido es que la separación de poderes propuesta por Locke y Montesquieu pretendía asegurar la libertad individual de los ciudadanos (vid. GARCÍA-PELAYO, «La división de poderes y su control jurisdiccional», *RDPol*, 18-19, 1983, p. 9; SOLOZABAL ECHEVERRÍA, «Sobre el principio de la separación de poderes», *REP*, 24, 1981, p. 222).

²³⁵ MATHIEU, *Les validations...*, cit., pp. 274 y ss., y «Les validations...», cit., 1995, pp. 786 y 787.

²³⁶ DC 99-422, de 21-12-1999 (RFDA, 2000, p. 303).

²³⁷ Vid. ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, 1996, pp. 83 y ss.

²³⁸ MATHIEU, «Les validations...», cit., 1995, p. 786. Señalan LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité...*, cit., p. 530, que «si el acto administrativo, contrario por hipótesis a la Constitución, encuentra su fundamento directo en una ley, que se interpone entre aquél y la Constitución, su ilegalidad no podrá ser invocada ante el juez, porque la ley hará pantalla y el control jurisdiccional, por vía de excepción, de la constitucionalidad de las leyes no ha sido, hasta el día de hoy..., reconocido en Francia».

En el Derecho español, la situación es bien distinta. Todos pueden recabar de los Jueces y Tribunales la tutela de sus derechos e intereses frente a los actos convalidados categóricamente por una ley inconstitucional. Nada lo impide. Y si los órganos jurisdiccionales ordinarios consideran que dicha ley vulnera la Constitución y, por consiguiente, no puede otorgar validez al acto impugnado, plantearán una cuestión de inconstitucionalidad²³⁹ que, en caso de ser estimada por el Tribunal Constitucional, dará lugar a la anulación del acto atacado. El ciudadano afectado habrá obtenido la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

Pero también habrá visto respetado su derecho reconocido en el artículo 24.1 CE cuando los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional consideren que la ley convalidatoria era ajustada al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, que el acto atacado también lo es. Aquel precepto otorga un derecho a «la obtención de una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes»²⁴⁰.

La STC 73/2000, de 14 de marzo (FJ 16), se ha pronunciado rotundamente sobre este particular al enjuiciar un caso en el que se había convalidado un acto administrativo que se hallaba *sub iudice*: «La elevación de una norma reglamentaria al rango de ley no excluye su fiscalización, sino que nuestro Ordenamiento ha previsto que sea deferida por los órganos jurisdiccionales a este Tribunal Constitucional si dudan de la conformidad de tal norma con nuestra Constitución».

Lo único criticable es que el ciudadano afectado por la correspondiente ley no pueda ser parte en el correspondiente proceso de constitucionalidad y, por lo tanto, se le prive de la oportunidad de ser oído directamente por el Tribunal Constitucional, lo que según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vulnera el derecho a un proceso justo, al menos cuando la ley afecta a un número restringido de personas²⁴¹.

b) Convalidación de un reglamento que se halla *sub iudice*

Ningún ataque a la «reserva de jurisdicción» o al derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando el legislador altera las normas que los Jueces y Tribunales deben aplicar en los procesos pendientes²⁴². Ni aquella reserva, ni aquel derecho se oponen, pues, a que se modifiquen las normas con arreglo a las cuales ha enjuiciarse la legalidad de un acto cuya inaplicación o anulación se pretende en un proceso todavía no finalizado. Y en eso consiste

la convalidación legislativa de un reglamento que se halla *sub iudice*. Como dice la STC 73/2000, de 14 de marzo (FJ 7), prohibir la posibilidad de que, estando pendiente la resolución de un recurso contencioso-administrativo, el legislador modifique la normativa que fue aplicada por los órganos jurisdiccionales en el proceso *a quo*, «supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del Ordenamiento; y conduciría, en última instancia a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una sentencia aplicando el régimen jurídico precedente».

Este cambio normativo no impide al órgano jurisdiccional que conoce de uno de estos procesos ejercer la potestad que la Constitución le ha otorgado: juzgar la conformidad a Derecho del acto en cuestión y, en su caso, ejecutar lo juzgado. Así, por ejemplo, el Juez o Tribunal correspondiente puede estimar que la ley «convalidatoria» en realidad no es aplicable al caso enjuiciado, o que, siéndolo, posee una eficacia jurídica retroactiva prohibida por el artículo 9.3 CE.

No deben confundirse estas convalidaciones con aquellas medidas legislativas del tipo de las producidas en los asuntos *Andreadis* y *Papageorgiou* antes citados, que impiden a los órganos jurisdiccionales pronunciarse sobre las pretensiones de los justiciables, sobre la validez o invalidez de los actos enjuiciados. Estas intervenciones legislativas sí que vulneran la «reserva de jurisdicción».

c) Convalidación de un reglamento anulado mediante sentencia firme

La compatibilidad de tales convalidaciones con los artículos 24.1 y 118 CE suscita algunas dudas, pues la obligación de «cumplir las sentencias firmes de los Jueces y Tribunales» alcanza también al legislador²⁴³.

Al respecto, resulta de una importancia determinante delimitar *qué es lo que ha sido juzgado y decidido* de manera definitiva por la correspondiente sentencia anulatoria. Se trata de fijar lo que los procesalistas llaman los límites de la cosa juzgada. Bien entendido que la expresión cosa juzgada se utiliza normalmente para designar la eficacia jurídica de ciertas resoluciones jurisdiccionales respecto de la actividad de Jueces y Tribunales, y no respecto de la actividad de otros poderes públicos²⁴⁴. Estos límites serían de orden subjetivo, objetivo y temporal.

El alcance subjetivo de la sentencia no plantea problemas. Sabido es que la anulación de disposiciones administrativas posee eficacia jurídica *erga omnes*.

²³⁹ Vid. los arts. 163 CE y 35 y ss. LOTC.

²⁴⁰ STC 6/1999, de 8 de febrero (FJ 3).

²⁴¹ STEDH de 23-6-1993 (*Ruiz Mateos*, 413/93), de la cual disiden en este punto seis Magistrados.

²⁴² SSTC 17/1999, de 22 de febrero (FFJJ 2 y 3), y 92/1999, de 26 de mayo (FJ 5).

²⁴³ Como señala Díez-Picazo, L. M.², *La derogación...*, cit., p. 200.

²⁴⁴ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada*, 1991, pp. 126 y 127.

En su aspecto objetivo, la *res iudicata* se identifica por una decisión — aquí, la anulación de un reglamento— adoptada sobre la base de una determinada fundamentación —v. gr., un vicio de procedimiento—. El Tribunal juzga y decide sobre una pretensión formulada en relación con una cierta causa de pedir²⁴⁵.

La eficacia jurídica de las sentencias firmes no está temporalmente limitada. Lo que sucede es que la fundamentación, la situación fáctica y jurídica, determinante de la decisión jurisdiccional puede haberse modificado con el paso del tiempo. La realidad sobre la que se juzgó y decidió puede haber cambiado. En estos casos, no opera la cosa juzgada, pues la *res iudicata* no coincide con la *res iudicanda*²⁴⁶. Por esta razón creemos que la convalidación legislativa de un reglamento anulado por una sentencia firme no ha de ser necesariamente incompatible con la obligación impuesta al legislador de cumplir lo dispuesto en dicha resolución jurisdiccional. Imaginemos que un Tribunal declara la invalidez de una regulación reglamentaria *porque ésta contradice cierta ley*. El artículo 118 CE no se opone a que dicha regulación adquiera posteriormente validez si en virtud de una modificación legislativa desaparece la contradicción. El que la modificación pueda tener alcance retroactivo o no es ya otro problema.

La STC 76/1990, de 26 de abril, es muy clara al respecto: «Lo que es ilegal —que un reglamento vulnere una ley— no es necesariamente canon de inconstitucionalidad, puesto que nada impide que el legislador, haciendo uso de su libertad de configuración normativa, pueda modificar la ley anterior» (FJ 8)²⁴⁷.

Así, por ejemplo, la convalidación efectuada por el Decreto-Ley 1/1999 de cierto reglamento anulado por el Tribunal Supremo *debido a que la ley que pretendía otorgarle cobertura padecía un vicio de procedimiento*, no vulnera el artículo 118 CE, pues aquél Decreto-Ley modifica la situación jurídica que determinó la sentencia anulatoria, proporcionando a la regulación reglamentaria la debida cobertura.

Recuérdese que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la convalidación de cierta disposición reglamentaria anulada por sentencia firme no lesionaba el derecho a un proceso justo. Y en Francia, a pesar de que varios autores consideran inconstitucionales las convalidaciones de actos

anulados mediante sentencia firme porque «no corresponde al legislador censurar las decisiones de las jurisdicciones», el *Conseil constitutionnel* ha admitido la convalidación indirecta de las normas reglamentarias así anuladas²⁴⁸.

En este punto hay que hacer una observación. A nuestro juicio, aquí es irrelevante que la convalidación legislativa se haga directa o indirectamente, pues los efectos jurídicos son iguales en ambos casos. El resultado es el mismo, sólo cambia la fórmula lingüística utilizada. Por ello, resulta poco lógico estimar inconstitucional la convalidación directa de un reglamento anulado y, en cambio, admitir su convalidación indirecta²⁴⁹.

e) Límites de la retroactividad de las convalidaciones legislativas

a') La retroactividad de las leyes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Constitución garantiza la seguridad jurídica y la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3), y dispone que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento» (art. 25.1). La prohibición constitucional de retroactividad *in peius* de las disposiciones sancionadoras no plantea demasiadas dificultades²⁵⁰. La interdicción de la retroactividad de las «disposiciones restrictivas de derechos individuales» sí que suscita numerosos y relevantes problemas:

En primer lugar, no queda claro a qué tipo de normas se refiere el término «disposiciones». Algunos autores sostienen que esta expresión alude únicamente a los reglamentos. La irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales sería un límite que la Constitución impone únicamente a la Administración, pero no al legislador²⁵¹. En cambio, otros consideran que dicho término comprende tanto a las leyes como a los reglamentos²⁵². Ésta es también la posición del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia no deja lugar a dudas²⁵³.

²⁴⁸ Vid. *supra*, X.4.E).a).

²⁴⁹ En sentido similar, BIENVENU, «Note de jurisprudence. Décision du Conseil constitutionnel 85-192 du 24 juillet 1985», *AJDA*, 1985, p. 487.

²⁵⁰ Al respecto, vid. LÓPEZ MENUDO, «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1991, t. I, pp. 482 y ss.

²⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 87 y ss.

²⁵² LÓPEZ MENUDO, *El principio...*, cit., pp. 212 y ss.; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 506.

²⁵³ Vid., por todas, la STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10).

²⁴⁵ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre...*, cit., pp. 54 y ss.; TAPIA FERNÁNDEZ, «Efectos objetivos de la cosa juzgada», en *Efectos jurídicos del proceso*. CDJ, 1995, pp. 206 y ss.

²⁴⁶ Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre...*, cit., pp. 82 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., t. II, pp. 1254 y ss., habla del «cambio de circunstancias que determinaron el fallo como límite de la eficacia» de las sentencias.

²⁴⁷ Esta STC considera ajustada a la CE un precepto de la Ley 10/1985 que había «convalidado por habilitación» un reglamento anulado por la STS de 24-4-1984 (Ar. 2711); vid. *supra*, p..

Tampoco queda claro cuáles son los «derechos individuales» mencionados en el citado artículo 9.3. Hay quien afirma que se trata de cualquier derecho adquirido²⁵⁴. Otros entienden que aquella expresión haría referencia a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1.ª, Capítulo II, Título I, CE²⁵⁵.

Y luego hay que precisar qué debe entenderse por retroactividad a los efectos de la prohibición contenida en el artículo 9.3; cuestión nada sencilla a la vista de la falta de acuerdo doctrinal acerca de este concepto²⁵⁶.

Para enfrentarse a estos problemas, el Tribunal Constitucional ha seguido dos vías. En un primer momento, ha intentado precisar formal y abstractamente el ámbito de la prohibición del artículo 9.3 CE. Dicho Tribunal ha realizado declaraciones generales acerca del significado de la expresión «derechos individuales» y ha «tratado de buscar un concepto de retroactividad limpio de adherencias sustantivas y técnicamente convincente, capaz de obviar la valoración de las cuestiones de fondo o de justicia material subyacentes que los casos planteaban»²⁵⁷.

En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que «el concepto de *derecho individual* no puede confundirse con el *ius quaesitum*»²⁵⁸; «la expresión *restricción de derechos individuales*,..., hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los *derechos fundamentales y libertades públicas* o en la esfera global de protección de la persona»²⁵⁹. Sin embargo, alguna Sentencia equipara derechos individuales y derechos adquiridos, declarando inconstitucional la retroactividad de una Ley que rebajaba la cuantía de ciertas pensiones, respecto de las cuales los afectados tenían ya un derecho adquirido y consolidado a obtenerlas²⁶⁰, derecho que no se encuentra ni siquiera entre los reconocidos en el Capítulo II, Título I, de la CE.

Por lo que hace al concepto de retroactividad, el Tribunal Constitucional ha dicho que «la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros, condicionados o expectativas»²⁶¹. «Lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores,

de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad»²⁶². «No hay tal retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado»²⁶³. Es decir, ese artículo 9.3 sólo alude a la retroactividad de «grado máximo, pero no a la de «grado medio», de acuerdo con la terminología de DE CASTRO²⁶⁴. Así, por ejemplo, son conformes con la Constitución las Leyes que rebajan la edad de jubilación forzosa de los Jueces²⁶⁵, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo²⁶⁶ o la cuantía máxima de ciertas pensiones²⁶⁷. En cambio, no puede rebajarse la cuantía de pensiones «respecto a las cuales se había producido el hecho que las causa y por ello se tenía ya como adquirido el derecho a obtener la correspondiente prestación»²⁶⁸.

Sin embargo, en alguna Sentencia se apunta que la interdicción del artículo 9.3 CE también se refiere a la «retroactividad llamada de grado medio, que incide sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados o consumados de las situaciones anteriores que perviven tras el cambio legislativo»²⁶⁹. Sólo la retroactividad «en grado mínimo» queda excluida²⁷⁰.

Esta interpretación restrictiva y algo ambigua del citado artículo 9.3 resulta insuficiente para juzgar la conformidad a la Constitución de todos los posibles supuestos de retroactividad de normas no sancionadoras. La extraordinaria variedad de situaciones imaginables se resiste a ser encajada y comprendida en una fórmula tan simple. Al efecto de superar tales insuficiencias, ha aparecido una segunda línea jurisprudencial —elaborada principalmente en relación con leyes tributarias, pero susceptible de ser extendida a

²⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 87 y ss.

²⁵⁵ LÓPEZ MENUDO, *El principio...*, cit., pp. 216 y ss.

²⁵⁶ Vid. LÓPEZ MENUDO, *El principio...*, cit., pp. 41 y ss.

²⁵⁷ LÓPEZ MENUDO, «El principio...», cit., p. 494, que alaba esta jurisprudencia (p. 506). En contra de la misma, GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, 1987, passim, esp. pp. 260, 324 y 369.

²⁵⁸ Vid. la STC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10), cuya doctrina recoge la 6/1983, de 4 de febrero (FJ 3).

²⁵⁹ STC 42/1986, de 10 de abril (FJ 3).

²⁶⁰ STC 97/1990, de 24 de mayo (FJ 5).

²⁶¹ SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6), y 70/1988, de 19 de abril (FJ 3).

²⁶² STC 42/1986, de 10 de abril (FJ 3). Vid., también, las SSTC 65/1987, de 21 de mayo (FJ 19), y 386/1993, de 23 de diciembre (FJ 8).

²⁶³ STC 210/1990, de 20 de diciembre (FJ 3). En sentido similar, vid. las SSTC 27/1981, de 20 de julio (FJ 10), y 108/1986, de 29 de julio (FJ 17).

²⁶⁴ Vid. DE CASTRO y BRAVO, *Derecho...*, cit., pp. 648 y 649.

²⁶⁵ Vid. la STC 108/1986, de 29 de julio, que dice que «las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubilación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no ha tenido lugar» (FJ 17); «quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a serlo a tal edad» (FJ 16). Las SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6), y 70/1988, de 19 de abril (FJ 3), resuelven casos semejantes en sentido similar.

²⁶⁶ Vid. la STC 210/1990, de 20 de diciembre (FJ 3).

²⁶⁷ Vid. la STC 134/1987, de 21 de julio (FJ 4).

²⁶⁸ STC 97/1990, de 24 de mayo (FJ 5).

²⁶⁹ STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 3).

²⁷⁰ Vid. la STC 8/1982, de 4 de marzo (FJ 4).

otros ámbitos— según la cual la retroactividad de una disposición no restrictiva de derechos individuales puede ser inconstitucional cuando «entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución», como los de «capacidad económica, seguridad jurídica²⁷¹ e interdicción de la arbitrariedad». Y aquí es inevitable ponderar adecuadamente todos los valores constitucionales implicados en el caso concreto. Como el propio Tribunal Constitucional ha declarado, «determinar cuándo una norma,..., de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto». Cuando la retroactividad es de «grado máximo» o «auténtica», «la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio». Cuando es de «grado medio» o «impropia», «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento»²⁷².

Esta jurisprudencia pone de manifiesto la inviabilidad de juzgar cualquier supuesto de retroactividad valiéndose únicamente de reglas y conceptos forjados *a priori*, «limpios de adherencias sustantivas», y obviando la incidencia que ciertos valores y principios tienen sobre las circunstancias concurrentes en un caso dado²⁷³.

En la reciente jurisprudencia constitucional alemana se atisba una evolución similar. La discutible e imprecisa distinción teórica entre retroactividad «auténtica» e «impropia» pierde relevancia en favor de un examen más atento de los distintos intereses y valores materiales realmente implicados en cada supuesto²⁷⁴.

b) Criterios determinantes de la conformidad con la Constitución de la retroactividad de las convalidaciones legislativas

Para enjuiciar la licitud constitucional de la retroactividad de las convalidaciones legislativas de disposiciones reglamentarias, habrá que tener muy en cuenta, pues, las particularidades que presentan estos supuestos y ponderar la incidencia que en ellos tienen, de un lado, la seguridad jurídica y, de otro, otros principios capaces de justificar una modificación retroactiva del ordenamiento jurídico.

Sería vano intentar precisar *a priori* cuál es el resultado de esa ponderación en cada uno de todos los casos posibles de convalidaciones legislativas. Como la realidad siempre superará en variedad y complejidad a nuestra imaginación, nos limitaremos a apuntar algunos criterios generales, deducidos de los preceptos constitucionales e inducidos de la jurisprudencia, que sirvan para juzgar la conformidad a la Constitución de la ley en cuestión. Podrá apreciarse que tales criterios coinciden sustancialmente con los expuestos al hablar de la retroactividad de los reglamentos subsanadores²⁷⁵. No hay que extrañarse al respecto, dada la identidad de razón que en este punto hay entre ambos supuestos y la coincidencia existente entre el tenor literal de los preceptos que limitan la retroactividad de leyes y reglamentos²⁷⁶. Sin embargo, no hay que perder de vista que el legislador dispone de mayor legitimidad —y, en consecuencia, de posibilidades más amplias— que la Administración para fijar el ámbito temporal de las normas que emite²⁷⁷.

Para valorar las exigencias de la seguridad jurídica, debe repararse en que las normas convalidatorias otorgan validez a una disposición que probablemente ya era aparentemente válida. En la medida en la que ésta gozaba de una apariencia tal, su convalidación no constituye una sorpresa para los ciudadanos. Así, en principio, resulta admisible la convalidación retroactiva de una norma que todavía se encuentra *sub iudice*, pues la mera pendencia de un proceso en el que se pretende su anulación no le hace perder a ésta su apariencia de validez.

En este sentido, las SSTC 197/1992 y 205/1992 dicen que una norma que constituye una «reiteración», una «reproducción exacta», de una disposición

²⁷¹ Esta doctrina ya había sido apuntada por GÓMEZ-FERRER MORANT en su voto particular a la STC 6/1983, de 4 de febrero.

²⁷² Vid. la STC 126/1987, de 16 de julio (FFJJ 9 y ss.), cuya doctrina recogen las SSTC 150/1990, de 4 de octubre (FJ 8), 197/1992, de 19 de noviembre (FFJJ 4 y ss.), 173/1996, de 31 de octubre (FFJJ 3 y ss.) y 182/1997, de 28 de octubre (FFJJ 10 y ss.), y el voto particular que respecto de esta última STC formula RODRÍGUEZ BEREJO, al que se adhieren otros dos Magistrados.

²⁷³ En sentido muy similar, *vid.* la STC 147/1986, de 25 de noviembre (FJ 4), que anula la Ley 1/1984, de Amnistía. *Vid.* una crítica al método «apriorista» y alejado de la realidad característico de muchas teorías relativas a la retroactividad en DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho...*, cit., pp. 640; Díez-PICAZO, L. M.^a, *La derogación...*, cit., pp. 184 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 369 y ss.

²⁷⁴ *Vid.* el A del BVerfG de 3-12-1997 (NJW, 1998, pp. 1547 y ss.) y ARNDT, «Echte Fortschritte bei der unechten Rückwirkung?», NJW, 1998, pp. 1538-1539; BRÜNING,

«Die Rückwirkung von Legislativakten», NJW, 1998, pp. 1525-1528; RENSCHMANN, «Reformdruck und Vertrauensschutz. Neuere Tendenzen in der Rückwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts», JZ, 1999, pp. 168 y ss.

²⁷⁵ *Vid. supra*, X.3.F).

²⁷⁶ *Vid.* los arts. 9.3 CE y 62.2 LPC.

²⁷⁷ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 87 y ss.; LÓPEZ MENUDO, *La irretroactividad...*, cit., pp. 67 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 376.

que ya estaba «vigente»²⁷⁸ en el momento de producirse determinados hechos no tiene carácter retroactivo y, en consecuencia, no vulnera el artículo 9.3 CE por tal motivo (FJ 2)²⁷⁹.

La doctrina sentada por la STC 182/1997, de 28 de octubre, tiene todavía mayor interés. El Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, había elevado notablemente las tarifas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para los periodos impositivos que finalizasen en 1992 con posterioridad al 23 de julio de 1992²⁸⁰. El artículo 2 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, mantuvo esas mismas tarifas para los citados periodos impositivos. Es decir, esta última norma asumió el contenido de la anterior, la *ratificó*. Pues bien, la STC 182/1997, después de anular el referido Real Decreto-Ley por un vicio «formal»²⁸¹, declaró que la retroactividad del artículo 2 de la Ley 28/1992 no era contraria a la Constitución, pues concurrían «claras exigencias de interés público [remediar una aguda crisis financiera del Estado] que fundamentaban la medida adoptada» y —esto es lo interesante— dicha norma resultaba «previsible» para los ciudadanos. En efecto, «el grado de previsibilidad» de la normas retroactivas «determina la medida en la que la seguridad jurídica ha quedado afectada». Como advierte el Tribunal Constitucional,

«la publicación en el Boletín Oficial del Estado, ..., del Real Decreto-Ley, ..., y su tramitación posterior tuvieron la virtud de poner sobre aviso, meses atrás, a los ciudadanos, permitiéndoles en aquel momento tomar conciencia de la situación crítica de las finanzas del Estado, ..., y de las medidas que se proponían para afrontarla con urgencia y rigor, ...»

Nada afecta a esta conclusión la circunstancia de que el Real Decreto-Ley 5/1992 deba ser ahora declarado inconstitucional. ... En primer lugar, porque dicho Decreto-Ley, en tanto no ha recaído sentencia de este Tribunal, ..., *ha estado plenamente vigente en el ordenamiento jurídico español, surtiendo todos sus efectos*. A mayor abundamiento, porque la capacidad de prevenir a los ciudadanos es una *cualidad de mero hecho* que, como tal, no se ve afectada por una declaración de inconstitucionalidad» (FFJJ 6-9)²⁸².

Un razonamiento similar utiliza STC 273/2000, de 15 de noviembre, para considerar ajustada a la Constitución la ratificación legislativa retroactiva de un reglamento efectuada mientras pendía un proceso en el que se discutía su anulación. El 20 de febrero de 1986, la Audiencia Territorial de Barcelona anuló por vicios de procedimiento el «Plan de Saneamiento de la zona 5ª», que daba cobertura a numerosas liquidaciones tributarias con las que se financiaba la depuración y saneamiento de ciertas aguas. Pendiente recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, dicho Plan fue ratificado implícitamente por la Ley 17/1987 de la Generalitat de Catalunya²⁸³.

La STC 273/2000 observa que no cabe apreciar «vulneración alguna del principio de seguridad jurídica en su vertiente de previsibilidad del actuar acomodado a Derecho de los poderes públicos» (FJ 12). En efecto, las liquidaciones giradas en concepto de canon de saneamiento antes de la publicación de la Ley cuestionada «venían amparadas en unas normas que gozaban de presunción de validez y que les servían de cobertura» (FJ 8), y que «son exactamente las mismas» que luego se integran en el Texto de la Ley 17/1987 (FJ 7). Pues bien, como «en el momento de procederse a la elevación retroactiva de rango de los reglamentos, éstos conservaban enteramente su vigencia» (FJ 11), «ello no incidió negativamente en la confianza de los ciudadanos, quienes pudieron ajustar su conducta a la legislación vigente» (FJ 12). A ello se añade «la concurrencia de claras exigencias de interés público que fundamentan la medida adoptada por la Ley 17/1987» (FJ 12).

El ATC 260/1998, de 24 de noviembre, afirma que una Ley publicada el 2 de noviembre de 1994 da «plena cobertura normativa» a una relación de puestos de trabajo impugnada el 4 de octubre del mismo año y que había sido dictada al amparo de un precepto legal al que se achacaba un vicio de forma (inclusión en una Ley de Presupuestos en contra de lo establecido en el art. 134 CE).

En cambio, el Tribunal Supremo ha negado retroactividad a la Ley 13/1988 de la Generalitat de Catalunya, que convalidó expresamente un reglamento mientras pendía un recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia que lo había anulado. Se trataba del Decreto 38/1984, que había creado el cargo de Director-Gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. El Alto Tribunal confirma la Sentencia apelada sin aludir, siquiera implícitamente, a dicha Ley²⁸⁴ y, luego, en vía incidental, al resolver

²⁷⁸ Como señala Díez-Picazo, L. M.³, *La derogación*..., cit., pp. 165 y ss., vigencia no es lo mismo que validez; una ley vigente, esto es, una ley aprobada por el Parlamento, sancionada, promulgada, publicada y no derogada [es decir, una ley aparentemente válida], puede ser inválida.

²⁷⁹ SSTC 197/1992, de 19 de noviembre (FJ 5) y 205/1992, de 26 de noviembre (FJ 2). El art. 23.2.3 de la Ley 5/1983, de 29 de junio, dispuso la aplicación «desde el día 1-1-1983» de cierto tipo de gravamen; este precepto era «reproducción exacta» del art. 22.2.3 del RDLey 24/1982, de 29 de diciembre, cuya validez aquellas SSTC confirman.

²⁸⁰ Vid. el art. 2 y la disp. final de este RDLey 5/1992.

²⁸¹ Según la STC 182/1997 (FFJJ 6-9), el RDL 5/1992 contenía una regulación que el art. 86.1 CE veda a los Decretos-Leyes.

²⁸² La cursiva es nuestra. En este punto discrepan de la mayoría del TC los Magistrados RODRÍGUEZ BEREJO, MENDIZÁBAL ALLENDE y GARCÍA MANZANO

²⁸³ La disp. adicional 2ª de la Ley 17/1987, de 13 de julio, de la Generalitat de Catalunya, disponía que «quedarán integradas en el texto de la Ley las normas de carácter sustantivo reguladoras del incremento de la tarifa y del canon de saneamiento aprobadas con anterioridad, que tendrán carácter supletorio de las reglas de los artículos 29 al 33 y serán aplicables con rango de Ley formal a los supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la presente Ley».

²⁸⁴ STS de 20-3-1996 (Ar. 2563).

un recurso contra un acto dictado en aplicación del mismo, declara que la decisión del Parlamento catalán «sólo podrá producir efectos jurídicos a partir de la fecha de su publicación»²⁸⁵, pero no argumenta esta afirmación. Aquí, el Tribunal Supremo inaplica una norma legal vigente sin plantear previamente una cuestión de constitucionalidad. Es evidente que la Ley 13/1988 pretendía tener carácter retroactivo, pues la convalidación de una disposición que había entrado en vigor cuatro años antes debía tenerlo necesariamente. No cabe duda alguna al respecto. Si esa Ley hubiese querido producir efectos jurídicos *ex nunc*, hubiese dispuesto simplemente «podrá crearse el cargo de Director-gerente en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación».

Examinemos ahora la convalidación de un reglamento cuya anulación mediante sentencia firme ya ha sido publicada oficialmente. En la medida en que éste ha perdido ya prácticamente toda apariencia de validez, la retroactividad de su convalidación estará difícilmente justificada.

Así, la STS de 23 de marzo de 1999 (Ar. 3572) considera que la ratificación legislativa de una norma reglamentaria tributaria no podía extender sus efectos retroactivos más allá de la fecha de publicación de la Sentencia que anuló la ley que en un primer momento daba cobertura al reglamento.

La STS de 19 de abril de 1997 (Ar. 6520) se niega a aplicar retroactivamente una Ley que «convalidaba por sustitución» el arriba citado «Plan de Saneamiento de la zona 5ª», que ya había sido anulado por sentencia firme²⁸⁶. En efecto, la Generalitat de Catalunya había declarado en su Ley 20/1990 «exigibles el incremento de tarifa y el canon de saneamiento correspondientes a la zona 5ª para los ejercicios 1983-1986, de acuerdo con los valores» que la propia Ley fijaba²⁸⁷. La STS de 19 de abril de 1997 aduce el «respeto del principio constitucional de seguridad jurídica», pero también otros argumentos que en nuestra opinión no son atendibles:

Se afirma que el reglamento era nulo, y que «la nulidad de pleno derecho,..., equivale a la desaparición absoluta de la disposición jurídica,..., así declarada,..., sin posibilidad de subsanación, es decir, de sanar lo que es nulo». A nuestro juicio, la idea puramente tópica y carente de fundamento según la cual lo nulo es insusceptible de convalidación²⁸⁸ no puede oponerse al legislador. La ley, en principio, sólo está limitada por la Constitución y ésta no prohíbe, ni tan siquiera implícitamente, la convalidación legislativa de un acto nulo. No alcanzamos a adivinar cómo se deduce esa prohibición de la norma constitucional.

²⁸⁵ STS de 6-5-1998 (Ar. 3658).

²⁸⁶ STS de 7-3-1990 (Ar. 2516).

²⁸⁷ Vid. el art. 31.3 de la Ley 20/1990, de 28 de diciembre.

²⁸⁸ Vid. *supra*, X.3.D).a).

En segundo lugar, se dice que la Ley cuestionada ha pretendido obrar una retroactividad «*facti*», lo que es «ontológicamente imposible», pues «lo que no es posible es retroceder en el tiempo, de manera que el devengo del Canon de saneamiento [correspondiente a ciertos trimestres] adolecerá siempre, de manera indefectible, del incumplimiento de la *conditio iuris*, consistente en la existencia de un Plan de Saneamiento previamente aprobado, es decir preexistente». Esta distinción entre retroactividad *iuris* y retroactividad *facti* nos parece totalmente artificiosa. Ni el legislador ni nadie es capaz de cambiar los hechos acaecidos en el pasado, pero lo que sí puede hacer la ley —dentro de los límites constitucionales— es modificar las consecuencias jurídicas que haya que anudar a los hechos pasados, cambiar el significado jurídico de los mismos²⁸⁹ o, si se prefiere decir así, fingir a los solos efectos jurídicos que se ha producido un determinado acontecimiento²⁹⁰.

Por último, se dice que el Plan posterior, «dado su carácter reglamentario, no puede tener eficacia retroactiva, como mantiene este Tribunal Supremo en doctrina constante y reiterada». En efecto, una línea jurisprudencial, auspiciada por prestigiosos autores²⁹¹, ha entendido que a la Administración no le está permitido dictar disposiciones retroactivas desfavorables para los ciudadanos; tal posibilidad queda reservada a la ley²⁹². Pero en este caso es el legislador, y no la Administración, el que había dispuesto la retroactividad de cierta regulación. Y, obviamente, «los reglamentos,..., pueden ser retroactivos,..., siempre que el reglamento traiga su retroactividad de una disposición con rango de Ley [y ajustada a la Constitución, cabría añadir] que lo habilite para ello»²⁹³.

En nuestra opinión, la convalidación retroactiva de un reglamento anulado por sentencia firme puede llegar a estar justificada. Repárese en que, probablemente, éste mantuvo su apariencia de validez hasta la publicación de la sentencia anulatoria. Por esta razón, cabe que la convalidación de los efectos producidos hasta ese momento por el mismo resulte compatible con la seguridad jurídica. Es más, este principio exigirá probablemente la

²⁸⁹ Como dice Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 27, «lo que ha acontecido no puede transformarse en algo nunca acontecido; pero el significado normativo de lo que ha sucedido puede, con fundamento en normas promulgadas con posterioridad al acontecimiento a que se refieren, modificarse retroactivamente».

²⁹⁰ Dice LÓPEZ MENUDO, «El principio...», cit., p. 472, que «la retroactividad es la ficción jurídica por antonomasia».

²⁹¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, pp. 87 y ss.; EMBID IRUJO, «Potestad...», cit., p. 99; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 376 y 377.

²⁹² Vid. las SSTs de 31-1-1989 (Ar. 584), 3-2-1989 (Ar. 807) y 11-7-1989 (Ar. 5746). En sentido contrario se pronuncian SSTs más recientes, como las de 15-4-1997 (Ar. 3086), 23-4-1997 (Ar. 3363) y 25-11-1997 (Ar. 8642).

²⁹³ STS de 10-12-1987 (Ar. 9447).

retroactividad si la norma convalidada favorecía a los ciudadanos y éstos confiaron en ella. Habrá que ver, pues, en qué medida el reglamento era aparentemente válido —lo que determina el grado de sorpresa que produce su convalidación— y cuál es la gravedad de los perjuicios que produciría la ruptura de la confianza depositada en su validez, o en su invalidez.

Así, la Ley que «convalidó por sustitución» el Decreto creador del Municipio de los Alcázares, anulado por Sentencia firme, dice que esta medida se justifica «por los graves perjuicios que para los intereses públicos regionales produciría una consideración puramente dogmática de los efectos de nulidad; consideración que, además, sería contraria a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en la actuación de las Administraciones públicas».²⁹⁴

Similares argumentos utiliza el Real Decreto-Ley 1/1999, que convalidó retroactiva e indirectamente el Real Decreto 118/1991, anulado por la STS de 1 de diciembre de 1998 (Ar. 1643/1999). La seguridad jurídica justificaba la conservación de los efectos jurídicos producidos hasta ese momento por una norma que antes de ser anulada disfrutaba de una innegable apariencia de validez; de hecho, fue aplicada reiteradamente por el Tribunal Supremo.²⁹⁵ Para asegurar «el correcto funcionamiento del sistema sanitario» y proteger las «legítimas expectativas de cientos de miles de ciudadanos que aspiraban a acceder a un puesto de trabajo en el sistema sanitario público a través de procedimientos ya convocados», se hacía necesario otorgar validez a los procedimientos de selección de personal y provisión de plazas convocados al amparo de aquel reglamento.²⁹⁶

Y recordemos que la STEDH de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros*, 845/97) admite que una Ley de 1991 convalidara retroactivamente un reglamento anulado por sentencia firme en 1990 que pretendía tener vigencia sólo para los meses inmediatamente anteriores al 6 de abril de 1986.

La confianza puesta en un reglamento aparentemente válido será tanto más digna de protección cuanto más graves sean los perjuicios que la ruptura de esa confianza representaría. Como la apariencia de validez es algo relativo —lo que a unos les parece válido quizás no se lo parezca a otros—, cabe afirmar que la fuerza con la que la seguridad exige proteger la confianza depositada en la invalidez de una norma está en relación directa-

mente proporcional con la gravedad de los perjuicios que la lesión de esa confianza supondría.

Esto último explica que el Tribunal Constitucional haya considerado inconstitucional la convalidación *retroactiva* de dos reglamentos sancionadores desfavorables. La confianza eventualmente depositada, con toda razón, en la invalidez de tales reglamentos merece la máxima protección dada la enorme gravedad que para los ciudadanos entraña el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

La STC 29/1989, de 6 de febrero, declara que la arriba citada Ley 26/1984²⁹⁷ «no podía prestar cobertura legal al Real Decreto 1945/1983 para la imposición de sanciones por infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia de la propia Ley, dada la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras» (FJ 3). Obsérvese que aquí no se declara totalmente inconstitucional dicha convalidación, sino sólo en cuanto que tenía carácter retroactivo, en cuanto que pretendía que se aplicara aquel Real Decreto para sancionar las infracciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.²⁹⁸

La STC 45/1994, de 15 de febrero, recoge esa doctrina y considera que el texto articulado de la Ley de Seguridad Vial no podía otorgar cobertura legal con carácter retroactivo a cierta disposición sancionadora (FJ 4).²⁹⁹

f) La interdicción de la arbitrariedad

La interdicción establecida en el artículo 9.3 CE supone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación».³⁰⁰ «El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas».³⁰¹ Evidentemente, el Poder legislativo no escapa a dicho mandato. «El

²⁹⁷ Vid. *supra*, X.4.B).a).

²⁹⁸ La STC 15/1989, de 26 de enero (FJ 12), consideró «válida constitucionalmente la remisión que la Ley [26/1984] efectúa al referido reglamento». Según la STS de 19-2-1988 (Ar. 1188), «la ley 26/1984,..., prestó una clara cobertura legal al RD 1945/1983,..., de suerte que al menos respecto de los hechos posteriores a aquélla no cabe dudar de la validez del Decreto».

²⁹⁹ La disp. transitoria del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RDLeg 339/1990, de 2 de marzo) decía que «hasta que entren en vigor las disposiciones necesarias para el desarrollo de esta Ley, se aplicarán como reglamentos de la misma el Código de la Circulación,..., y disposiciones complementarias,...». El reglamento cuestionado era el RD 1467/1981, que modificaba dicho Código.

³⁰⁰ STS de 17-4-1990 (Ar. 3644).

³⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 472; STS de 29-12-1986 (Ar. 1675/1987).

²⁹⁴ EM de la Ley de la Comunidad de Murcia 4/1989, de 28 de julio, cit., *supra*, p.

²⁹⁵ Vid. las SSTs de 25-7-1995 (Ar. 6338), 28-3-1996 (Ar. 2500), 23-4-1996 (3402), 14-5-1996 (Ar. 4397), 29-5-1996 (Ar. 4702), 12-6-1996 (Ar. 5067), 29-6-1996 (Ar. 5401), 15-7-1996 (Ar. 6105), 17-7-1996 (Ar. 6114), 7-2-1997 (Ar. 6114), 7-2-1997 (Ar. 1165), 7-3-1997 (Ar. 2259), 15-5-1997 (Ar. 4090) y 20-2-1998 (Ar. 2360).

²⁹⁶ Vid. la EM del RD Ley 1/1999, de 8 de enero.

legislador está constitucionalmente obligado también a dar razón de sus decisiones». Razones que deben ser «coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse», «consistentes con la realidad objetiva» y «conformes con las reglas de la lógica formal»³⁰².

Este precepto constitucional está llamado a juzgar un importante papel respecto de las convalidaciones legislativas. A la vista del carácter retroactivo que éstas suelen tener y de los perjuicios que eventualmente causan a los ciudadanos que consideraron, con razón, que el reglamento deban contar con inválido, se comprende que las leyes convalidatorias deban contar con razones justificativas, razones que habrán de tener tanto más peso cuanto mayor sea el sacrificio que para ciertos valores jurídicos represente la convalidación. El legislador está obligado a despejar las sospechas de arbitrariedad que inevitablemente levantan estas intervenciones; debe hacer ver a los ciudadanos que no actúa movido por la presión de oscuros «intereses creados», sino por el interés público; debe poner de manifiesto que la convalidación persigue una finalidad legítima y que es necesaria y proporcionada a los sacrificios que supone.

Esta exigencia constitucional debe tenerse en cuenta especialmente a la hora de precisar el *alcance* de la convalidación. En Francia, los Tribunales ordinarios tienden a interpretar restrictivamente la existencia y el alcance de tales convalidaciones, tendencia jurisprudencial defendida por numerosos autores. La restricción se produce en tres direcciones. En primer lugar, hay una cierta reticencia a admitir la existencia de convalidaciones implícitas. En segundo lugar, se considera que la convalidación es condicionada y no categórica. Por último, se estima que la ley convalidatoria alcanza a sólo determinados actos o situaciones, o a sólo ciertos efectos jurídicos del acto convalidado³⁰³. Esta jurisprudencia se explica, en parte, por la circunstancia de que dichos Tribunales no pueden cuestionar ni dejar de aplicar las leyes, aunque consideren que éstas vulneran la Constitución. Aquella doctrina constituye en estos casos un remedio que mitiga las consecuencias de solución tan insatisfactoria.

Podría pensarse que esta doctrina no tiene razón de ser en el Derecho español, donde los Tribunales ordinarios pueden cuestionar la conformidad a la Constitución de las leyes que han de aplicar. No obstante, creemos que

³⁰² Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, 1998, *in toto*; las palabras citadas se encuentran en las pp. 160 y 161.

³⁰³ Vid. AUBY, «Note...», cit., p. 1500; CAMBY, «Coups...», cit., p. 326; MATHIEU, en *Les validations...*, cit., pp. 61, 117 y ss., 138 y ss., 153 y ss., y 290, y en «Les validations...», cit., 1995, pp. 784 y 787; PERROT, «Validation...», cit., pp. 105 y ss.; PRÉTOT, «Note de jurisprudence. Arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1995», *AJDA*, 1995, p. 582. Vid., también, las conclusiones del Comisario THÉRY al *arrêt* del *Conseil d'Etat* de 11-5-1979 (*AJDA*, 1980, p. 254).

el principio de interdicción de la arbitrariedad, la obligación que pesa sobre el legislador de justificar las convalidaciones legislativas, fundamenta una interpretación estricta de su alcance. Lo congruente con este principio es entender convalidado el correspondiente reglamento *sólo en la medida* en la que exista una voluntad legislativa clara al respecto y acompañada de razones justificativas. De hecho, la jurisprudencia española se muestra muy restrictiva a la hora de admitir la existencia de una convalidación legislativa y de precisar su alcance³⁰⁴. Así lo ilustran los tres ejemplos siguientes:

El Ayuntamiento de Alcobendas concedió a un particular licencia para construir dos cementerios, uno municipal y otro privado. A la Comunidad de Madrid le pareció interesante el proyecto y decidió realizarlo ella misma, para lo cual expropió los terrenos destinados a dicha construcción. Frente a esta actuación, el particular acudió a la vía interdictal y a la contencioso-administrativa. El Juez de primera instancia estimó el interdicto por considerar que la Comunidad era incompetente para instalar un cementerio supramunicipal³⁰⁵. Pendiente el subsiguiente recurso de apelación y varios contencioso-administrativos, la Comunidad de Madrid dictó la Ley 1/1987 por la que ésta se atribuía «la prestación del servicio público de cementerios supramunicipales» y declaraba de utilidad pública la ejecución de los mismos. Es evidente que el legislador pretendía dar cobertura a las actuaciones expropiatorias atacadas. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Supremo declararon la invalidez de las mismas al entender que el cementerio que pretendía construir la Comunidad no encajaba en el concepto de «cementerios supramunicipales» a que se refería la Ley 1/1987³⁰⁶.

La STS de 1 de febrero de 1988 (Ar. 661) advertía que, a pesar de que el artículo 9 del Real Decreto-Ley 3/1979 había «subsano» la «falta de apoderamiento legal» de ciertos reglamentos sancionadores, el Tribunal Supremo los consideró nulos y los inaplicó, «sin duda por la dificultad de aceptar la convalidación de normas nulas de pleno derecho sin su mención y recuperación expresa».

La Ley Foral de Navarra 6/1987 establecía una zona de protección de 500 metros contigua a tres reservas naturales en la que no podía construirse infraestructura alguna que la deteriorase gravemente. Por este motivo, la Audiencia Nacional anuló el acto que aprobaba la construcción del Embalse de Itoiz³⁰⁷, pues ésta suponía la inundación de aquella zona. Interpuesto recurso de casación contra la Sentencia anulatoria, la Ley Foral Navarra 9/

³⁰⁴ Vid., por ejemplo, las SSTs de 17-5-1993 (Ar. 3621) y 23-4-1993 (Ar. 2977).

³⁰⁵ *Apud* MUÑOZ MACHADO, *La reserva...*, cit., pp. 78 y 79.

³⁰⁶ Vid. las SSTs de 10-6-1994 (Ar. 4836), 5-6-1994 (Ar. 4861) y 14-2-1995 (Ar. 1230).

³⁰⁷ Obra declarada de interés general por el art. 10 del RDLey 3/1992, de 22 de mayo y por el art. único de la Ley 22/1997, de 8 de julio.

1996 modificó la Ley 6/1987, eliminando parcialmente las zonas de protección con el objeto de permitir dicha construcción³⁰⁸. El legislador motivaba esta reforma argumentando que ello no perjudicaba el objetivo perseguido con el establecimiento de estas zonas —proteger los lugares de cría de ciertas aves—, pues «la protección más eficaz de los nidos vendrá determinada por la propia existencia de la lámina de agua del embalse, que impedirá *de facto* el acceso al lugar de nidificación desde el pie de los roquedos»³⁰⁹. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera en casación que la Ley 9/1996 no era aplicable para enjuiciar la conformidad a Derecho del acto administrativo cuestionado, cuya anulación parcial confirma³¹⁰. Y la verdad es que dicha Ley no establecía expresamente su carácter retroactivo, aunque, a nuestro juicio, su espíritu y finalidad así lo imponían. Tan es así que, posteriormente, la Audiencia Nacional considera que las disposiciones de la Ley 9/1996 impedían ejecutar lo fallado, y plantea una cuestión de inconstitucionalidad contra las mismas, por estimar que vulneran el principio de interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto por haber «sido aprobadas para hacer inatacable el acto impugnado e inefectivas las resoluciones judiciales recaídas, cuanto por no resultar fiscalizables como consecuencia de su rango legal»³¹¹.

Bien está que los órganos jurisdiccionales den, por regla general, un alcance restringido a las convalidaciones legislativas, pues ello resulta de interpretarlas de conformidad con el principio de interdicción de la arbitrariedad. Si una ley es susceptible de varias interpretaciones, hay que escoger aquellas compatibles con la Constitución y desechar las contrarias a la misma³¹². Otra cosa muy distinta es que los Tribunales ordinarios inapliquen lisa y llanamente una ley convalidatoria sin plantear una previa cuestión de inconstitucionalidad, como ha ocurrido repetidas veces. Recordemos los casos de las Leyes 13/1988 y 20/1990 de la Generalitat de Catalunya, inaplicadas por el Tribunal Supremo³¹³. Y hay algún otro ejemplo. A pesar de que una Ley de las Islas Baleares dispuso que «se convalida la creación, por Decreto del

Consell de Govern, de la empresa pública *Gestió sanitària de Mallorca*»³¹⁴, dicho Decreto fue anulado posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia sito en aquella Comunidad Autónoma, anulación que devino firme³¹⁵. A los Tribunales ordinarios no les está permitido actuar de esta manera. Si no pueden encontrar una interpretación razonable y ajustada a la Constitución de la norma legal, deben plantear una cuestión de inconstitucionalidad³¹⁶.

En cualquier caso, las objeciones que Jueces y Tribunales formulen contra estas medidas legislativas deben fundarse en razones de índole jurídico-constitucional, y nunca en rancios tópicos carentes de fundamento —v. gr., lo nulo no puede adquirir validez, la convalidación retroactiva de un acto anulado es ontológicamente imposible— que, obviamente, no pueden oponerse al legislador.

F) La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños producidos por la convalidación legislativa

El Tribunal Supremo ha considerado en varias ocasiones que la convalidación de un acto administrativo anulado debida a una modificación retroactiva de las normas reglamentarias por él infringidas determinaba la «imposibilidad legal de ejecutar» la sentencia anulatoria y causaba al demandante una lesión de la cual respondía la Administración³¹⁷. En otra sede vimos que la subsanación de un reglamento que se encuentra *sub iudice* ocasiona un perjuicio económico al recurrente que éste no tiene la obligación de soportar y que, por lo tanto, debe ser reparado por la Administración³¹⁸. La convalidación legislativa de un reglamento también puede perjudicar a determinados ciudadanos. Aquí se plantea el problema de si tales perjuicios *deben* ser reparados.

En Francia, el *Conseil d'Etat* francés ha declarado que la convalidación legislativa de un acto administrativo puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado fundada en el principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas³¹⁹. Para ello, el ciudadano afectado ha de sufrir un perjuicio anormal, especial y cierto.

³⁰⁸ Vid. la disp. derogatoria 1.a) y b) y el Anexo de la Ley Foral Navarra 9/1996, de 1 de diciembre.

³⁰⁹ EM de la Ley Foral Navarra 9/1996.

³¹⁰ STS de 14-7-1997 (Ar. 6094).

³¹¹ El ATC 121/1998, de 21 de mayo (FJ 1), inadmitió esta cuestión por defectos de procedimiento. La cuestión volvió a ser planteada y, finalmente, fue desestimada por la STC 73/2000, de 14 de marzo, comentada por nosotros en «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad», *La Ley*, 2000, t. 4, pp. 1529-1539.

³¹² Vid. *infra*, XI.2.A).

³¹³ Vid. la SSTs de 20-3-1996 (Ar. 2563), 19-4-1997 (Ar. 6520) y 6-5-1998 (Ar. 3658).

³¹⁴ Disp. adicional 12ª de la Ley de las Islas Baleares 11/1993, de 22 de diciembre, de Presupuestos.

³¹⁵ Vid. el ATS de 6-7-1998 (Ar. 8015), que inadmitió un recurso de casación contra la STSJ de las Islas Baleares de 26-7-1995, que había anulado por vicios de procedimiento el D 116/1993, de 14 de octubre.

³¹⁶ Vid. el art. 5ª.3 LOPJ; la STC 238/1992, de 17 de diciembre (FJ 1); y el ATC 131/1994, de 20 de abril (FJ 5).

³¹⁷ Vid. el art. 105.2 LJ (antes, art. 107 LJ de 1956), las SSTs de 1-3-1988 (Ar. 1764), 28-3-1990 (Ar. 2264), 30-11-1996 (Ar. 8444) y 22-1-1997 (Ar. 290) y los AATS de 25-3-1971 (Ar. 1725), 26-2-1982 (Ar. 1687), 30-11-1987 (Ar. 9334) y 22-11-1989 (Ar. 8353).

³¹⁸ Vid. *supra*, X.3.E).a).

³¹⁹ Arrêt del Conseil d'Etat de 1-12-1961 (RDPSP, 1974, p. 1501 y ss.).

La convalidación legislativa de un reglamento puede venir justificada por la necesidad de salvaguardar intereses generales protegidos por la Constitución y, a la vez, ocasionar a *determinados* particulares daños que rompen la igualdad ante las cargas públicas de todos ciudadanos, daños, por consiguiente, que éstos no tienen la obligación de soportar. El principio de igualdad garantizado por la Constitución exige que se indemnice a la persona que sufre dicha lesión. Esta reparación concilia los intereses públicos y particulares implicados.

Cabe que el propio legislador arbitre mecanismos tendentes a reparar los daños antijurídicamente causados por la convalidación del reglamento. En Francia, por ejemplo, se ha previsto alguna vez la realización de un concurso extraordinario para los que fracasaron en uno anterior convalidado³²⁰. Puede ocurrir que la ley excluya expresamente la reparación de estos daños. Lógicamente, dicha disposición legislativa será inconstitucional.

Las dudas se plantean cuando el legislador no se ha pronunciado al respecto. El artículo 139.3 LPC dispone que «las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». A nuestro juicio, este precepto vulnera la Constitución en cuanto que excluye la reparación de los daños antijurídicos causados por una ley —es decir, daños inconstitucionales— cuando dicha norma legal guarda silencio al respecto³²¹.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que «el silencio de la Ley sobre este particular [la existencia de «una fórmula o cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad» establecidas por cierta Ley] no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos»³²². Y el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho de un particular a ser indemni-

zado por los daños que le ocasionaba cierta prohibición de cazar establecida en una Ley que callaba al respecto³²³ y que, según el Tribunal Constitucional, no tenía carácter expropiatorio³²⁴.

5. LA CONVALIDACIÓN DE UN REGLAMENTO DEBIDA A LA NO IMPUGNACIÓN DEL MISMO DENTRO DE UN DETERMINADO PERIODO DE TIEMPO

A) Justificación

En ciertas situaciones, la seguridad pugna con otros principios jurídicos, especialmente con el de justicia o progreso³²⁵, pero también es posible que el conflicto se produzca entre distintas manifestaciones de la seguridad³²⁶. Es bien conocida la tensión que existe entre la seguridad-estabilidad y el principio de legalidad a la hora de configurar el régimen de invalidez de los actos jurídicos³²⁷.

De un lado, la seguridad exige la conservación de las situaciones jurídicas aparentemente válidas. Para orientar su comportamiento, las personas necesitan que se les garantice que esas situaciones van a gozar de estabilidad. De otro lado, el principio de legalidad —que, como quedó expuesto, es en realidad una de las manifestaciones de la seguridad³²⁸— pide la invalidez y eliminación de las situaciones que un acto ilegal haya querido establecer. Además, todos tienen derecho a defenderse y a obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses lesionados por actuaciones ilegales. Para satisfacer las exigencias del principio de legalidad y de ese derecho fundamental, a veces hay que destruir la situación nacida al amparo de un acto aparentemente válido. El problema es que dicha reacción es muy posible que no se produzca inmediatamente después de haberse dictado éste, y que dejar abierta *sine die* la posibilidad de discutir la validez de un acto jurídico y, en su caso, destruir las situaciones creadas por el mismo impide que aquella

³²³ STS de 20-1-1999 (Ar. 1081).

³²⁴ STC 14/1998, de 22 de enero (FJ 4); en contra, *vid.* el voto particular de GABALDÓN LÓPEZ.

³²⁵ *Vid.* ZIPPÉLIUS, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 166.

³²⁶ PÉREZ LUÑO, *La seguridad*..., cit., pp. 96 y ss., que distingue entre tensiones axiológicas externas, que se dan entre la seguridad y otros valores, e internas, que se producen entre distintas manifestaciones de la seguridad.

³²⁷ *Vid.*, entre otros, BELADIEZ ROJO, *Validez*..., cit., pp. 261 y ss.; CASTILLO BLANCO, *La protección*..., cit., pp. 62, 100 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad*..., cit., pp. 51 y 52. En relación con la revisión de oficio de los actos administrativos, LAVILLA ALSINA, «La revisión...», cit., pp. 57 y 58; CHECA GONZÁLEZ, *La revisión*..., cit., p. 44

³²⁸ *Vid. supra*, VI.3.B.a).

³²⁰ MATHIEU, *Les validations*..., cit., p. 267.

³²¹ PARADA VÁZQUEZ, *Derecho*..., cit., t. I, p. 692, afirma la inconstitucionalidad de este precepto. En sentido similar, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», *REDA*, 104, 1999, p. 641, que señala que una interpretación conforme con la CE del mismo lo vaciaría de sentido. *Vid.* un resumen de las tesis doctrinales al respecto en ALONSO GARCÍA, *La responsabilidad del Estado legislador*, 1999, pp. 121 y ss.

³²² SSTC 28/1997, de 13 de febrero (FJ 7), y 248/2000, de 19 de octubre (FJ 4).

aspiración de estabilidad quede satisfecha. Cuanto más tarda en producirse dicha reacción, con mayor intensidad se lesiona la confianza en la validez del acto aparentemente válido y, por lo tanto, con mayor fuerza pide la seguridad su conservación³²⁹. Los hombres necesitan tener la certeza de que llegado cierto momento no podrá cuestionarse ya la validez de los actos jurídicos que les afectan.

La fijación de plazos para la impugnación de estos actos resuelve la tensión existente entre la seguridad-estabilidad, de una parte, y el principio de legalidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, de otra³³⁰. Los actos inválidos se convalidan desde que se rebasa el plazo sin que haya tenido lugar la impugnación. Los efectos jurídicos del acto ilegal no merecían la protección del ordenamiento, eran inválidos, pero, transcurrido un cierto periodo de tiempo sin que se los haya impugnado, la seguridad impone su mantenimiento. Su conservación ha pasado a ser valiosa para el Derecho. El acto se ha convalidado³³¹.

El conflicto entre los principios a los que se acaba de hacer referencia se resuelve de distinto modo según sea la gravedad del defecto que determina la invalidez del acto. Cuanto más grave sea el defecto, con mayor intensidad exigirá el principio de legalidad que no se produzca la convalidación por el mero transcurso del tiempo. Así, los actos anulables, cuyos vicios no revisten una especial gravedad, se convalidan por la falta de impugnación de los mismos dentro de un cierto plazo. La extraordinaria gravedad de ciertas infracciones del ordenamiento jurídico determina, por el contrario, que el principio de legalidad prime en todo momento sobre el de seguridad-estabilidad e impida que el correspondiente acto pueda adquirir validez simplemente por el paso del tiempo. En esto consiste, básicamente, el régimen de nulidad.

Por consiguiente, un reglamento merecerá ser nulo cuando el vicio que lo hace inválido es de tal gravedad que los beneficios que para la seguridad-estabilidad jurídica representa su convalidación, debida a no haber sido impugnado dentro de un determinado plazo, son siempre inferiores a los perjuicios que para el principio de legalidad acarrea dicha convalidación. Y merecerá ser anulable si los beneficios que para la seguridad supone esa convalidación superan, a partir de cierto momento, a los perjuicios que dicha adquisición de validez causa al principio de legalidad.

³²⁹ Señala DE ASIS ROIG, «El tiempo...», cit., p. 254, que «cuanto mayor es la distancia en el tiempo entre la entrada en vigor, la anulación y el enjuiciamiento de sus consecuencias [de un reglamento], mayor puede haber sido su aplicación, y por lo tanto, también mayor la cuota de inseguridad que introduzca su anulación, lo que en la práctica se va a plasmar [en]... una mayor resistencia a revisar la validez del reglamento..., una mayor resistencia a remover los efectos de la aplicación de los reglamentos».

³³⁰ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 531.

³³¹ Vid. BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 261 y ss.

Para que una norma reglamentaria inválida adquiera validez por el «mero transcurso del tiempo» tienen que darse, pues, dos circunstancias: que se trate de una norma anulable y que haya transcurrido cierto periodo de tiempo desde su emisión sin que nadie la haya impugnado.

B) Vicios de nulidad y de anulabilidad de los reglamentos

A fin de responder a la controvertida cuestión de si en nuestro Derecho los reglamentos inválidos son en determinados supuestos anulables o, por el contrario, son siempre y en todo caso nulos, resulta de fundamental importancia analizar los costes y beneficios que para la seguridad jurídica y el principio de legalidad tiene la convalidación de un reglamento por el mero transcurso del tiempo. Estos costes y beneficios varían según el elemento de la disposición reglamentaria que sufra el defecto, pero, en todo caso, cabría pensar que hay un coste «fijo» con el que hay que contar cualquiera que sea el elemento defectuoso.

Debido al carácter general y abstracto, duradero, de las normas reglamentarias, el número de los afectados en sus derechos o intereses legítimos por ellas puede variar —aumentar o disminuir— a lo largo del tiempo. La convalidación de un reglamento ilegal producida porque nadie lo ha impugnado dentro de cierto plazo supone que quienes se incorporen a su círculo de destinatarios transcurrido dicho plazo no van a tener la oportunidad efectiva de defenderse contra una ilegalidad que presumiblemente lesiona sus derechos e intereses legítimos. La convalidación de los reglamentos tiene un mayor coste para el derecho a la tutela judicial que la de las resoluciones singulares, pues en este último caso los interesados tienen la oportunidad efectiva de impugnarlas, ya que disponen a tal efecto de un plazo que sólo empieza a correr desde que se les notifica correcta e individualizadamente la correspondiente resolución.

De todas formas, conviene señalar que no existe una serie de reglas universalmente válidas con arreglo a las cuales pueda determinarse *a priori* si cierta ilegalidad es causa de nulidad o de anulabilidad. Se trata, en última instancia, de una cuestión de Derecho positivo. El establecimiento de los supuestos de nulidad y de anulabilidad de los reglamentos es el resultado de una determinada ponderación entre los principios arriba citados. Habrá que descubrir, pues, cuál es la decisión que para cada caso se deduce de nuestro ordenamiento jurídico.

a) Vicios de contenido

Ya quedó señalado que la doctrina y la jurisprudencia admiten pacíficamente que los vicios de contenido de un reglamento conllevan siempre la nulidad del mismo³³². Ello es perfectamente explicable:

³³² Vid. *supra*, II.4

Que una disposición reglamentaria padece un vicio de contenido quiere decir que éste es incompatible con el de una norma jurídica a la que tal disposición debía ajustarse. El reglamento y esta otra norma contienen regulaciones incompatibles y con vocación de ser aplicadas al mismo supuesto de hecho. Si esa disposición reglamentaria se convalidase por la circunstancia de que nadie la ha impugnado dentro de cierto plazo, de modo que a partir de entonces el Juez y cualquier persona estuviesen obligados a aplicarla, ello supondría que estarían correlativamente obligados a desconocer lo dispuesto en la norma supraordenada a tal disposición e incompatible con ésta. La adquisición de validez del reglamento significaría en estos casos la invalidez sobrevenida de la norma constitucional o legal o del principio general del Derecho incompatible con aquél. A partir de ese momento prevalecería el reglamento sobre dichas normas. Se habría producido una inadmisibile inversión de la relación jerárquica existente entre ellas y el reglamento³³³.

Evidentemente, esto es mucho más grave para el principio de legalidad que la convalidación por el transcurso del tiempo de un acto administrativo singular. Debido a su carácter abstracto, las normas pueden ser aplicadas en repetidas ocasiones; sus efectos jurídicos tienen carácter duradero y no se consumen con una sola aplicación. En consecuencia, la convalidación de un reglamento viciado en su contenido supone una ilegalidad reiterada, permanente. Por el contrario, la ilegalidad del contenido de un acto singular, dado el carácter concreto del mismo, supone «una sola desobediencia a lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico»³³⁴. La convalidación de una resolución singular que contradice una ley no obsta a que dicha ley deba cumplirse cuando se dicte una nueva resolución. El coste para el principio de legalidad es aquí mucho menor que cuando se trata de una disposición reglamentaria.

Además, la adquisición de validez por el transcurso del tiempo de un reglamento ilegal en cuanto a su contenido difícilmente beneficiará a la certeza y estabilidad del Derecho, porque dicha convalidación representa, como ya se ha señalado, la invalidez sobrevenida de la norma contradicha por el reglamento. Dicha convalidación lesionaría la confianza —totalmente legítima— depositada en la validez de esa norma. El caso de las resoluciones singulares es bien distinto, pues su convalidación no afecta a la estabilidad de la norma que contradicen, la cual deberá seguir siendo aplicada en un futuro. Pero es que, además, estas resoluciones, debido al carácter concreto de su contenido, generan mucha mayor certeza que las disposiciones reglamentarias, que contienen regulaciones abstractas³³⁵. Por consiguiente, la

confianza de un ciudadano en la estabilidad de una situación jurídica concreta e individual será probablemente mayor que la que pueda depositarse en la de una regulación todavía necesitada de concreción e individualización.

En resumen, resulta justificado que, en atención a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, los reglamentos de contenido ilegal sean nulos. La diferencia que en este punto existe respecto de los actos singulares tiene un sólido fundamento.

c) Vicios de la declaración de voluntad

La declaración de voluntad que establece una norma reglamentaria puede descomponerse para su análisis en varios elementos: los motivos, el procedimiento de preparación y formación de la voluntad, la voluntad propiamente dicha, su fin, su autor y su forma de manifestación.

El problema de la nulidad o anulabilidad de los reglamentos que sufren un vicio que afecta a cualquiera de estos elementos sólo se ha planteado en nuestra jurisprudencia en relación con los vicios de procedimiento e incompetencia. Vimos que aquí el Tribunal Supremo aplicaba las mismas reglas establecidas para cualquier acto de las Administraciones públicas³³⁶, lo cual resulta lógico a primera vista, puesto que los reglamentos son también actos de las Administraciones públicas, actos jurídico-administrativos³³⁷, y sólo se diferencian conceptualmente de los actos singulares por lo que hace a su contenido y no por lo que respecta al elemento declaración de voluntad³³⁸. Además, el argumento interpretativo económico indica que el artículo 62.2 LPC no prescribe la nulidad de cualesquiera reglamentos ilegales, sino sólo la de los viciados en su contenido, que infringen la reserva de ley o que restringen los derechos individuales de los ciudadanos con carácter retroactivo³³⁹.

En su momento comprobamos que los criterios con arreglo a los cuales se determina la validez o invalidez de un reglamento viciado en su procedimiento son extensibles a los vicios que afectan a los restantes elementos de la declaración de voluntad. El porqué también quedó apuntado. El procedimiento de elaboración de un acto no es más que la parte formalizada del proceso de su elaboración. Tanto las normas de procedimiento como las que regulan los motivos, el fin, la voluntad o la forma del acto y el sujeto competente para emanarlo regulan su elaboración. Resulta lógico que las consecuencias de las

³³³ PEINE, «Zur verfassungskonformen...», cit., p. 255; en sentido similar, aunque sin referirse a los vicios de contenido en concreto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 215.

³³⁴ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 388.

³³⁵ *Vid. supra*, VI.3.B).c).b').b').

³³⁶ *Vid. supra*, II.4.D).b).a').

³³⁷ *Vid. supra*, IV.2.

³³⁸ *Vid. supra*, IV.3.B).

³³⁹ *Vid. supra*, II.4.B).b).

infracciones a estas normas se sometan a ciertas reglas jurídicas comunes³⁴⁰. Por la misma razón, los criterios con arreglo a los que se determina si un reglamento viciado en su procedimiento es nulo o anulable resultan en lo sustancial aplicables a las ilegalidades que afectan a los restantes elementos de la declaración de voluntad administrativa.

Estos criterios se contienen básicamente en la LPC, que establece que los defectos de procedimiento que hacen inválido a un acto administrativo causan, por regla general, la anulabilidad del mismo (art. 63.2) y, sólo en determinados supuestos, su nulidad (art. 62.1, aps. e y g). A continuación, se ofrecen algunas razones por las que estas reglas, pensadas para los vicios de procedimiento de los actos de las Administraciones públicas han de ser, en principio, también aplicables a cualquier defecto relativo a la declaración de voluntad administrativa que establece una norma reglamentaria. Estas razones justifican que los reglamentos que sufren tales vicios no sean sancionados siempre y en todo caso con la nulidad.

Al contrario que las ilegalidades de contenido, las que afectan a la declaración de voluntad suponen infracciones puntuales y no permanentes del ordenamiento jurídico. La convalidación del reglamento en cuya elaboración se ha vulnerado una norma, por ejemplo, de procedimiento, no impide que ésta deba de ser observada en el futuro por la Administración al elaborar otros reglamentos. La convalidación del reglamento no produce la invalidez sobrevinida de la norma de procedimiento. En consecuencia, la gravedad de los vicios de la declaración de voluntad es menor que la de los relativos al contenido del reglamento; el principio de legalidad tolera mejor la convalidación de un reglamento con defectos de «forma» que la de uno de contenido ilegal.

Normalmente, la seguridad jurídica exige con mayor intensidad la convalidación de los reglamentos viciados en su declaración de voluntad que la de los aquejados de vicios materiales. El reglamento no suele «llevar escritos en la frente» los defectos cometidos en su elaboración, a diferencia de los de contenido. Si dejamos aparte los vicios de incompetencia y de la publicación, tenemos que los relativos a la voluntad, motivos, desviación de poder, procedimiento e, incluso, a la forma no pueden, en principio, ser apreciados a partir del texto reglamentario publicado. Además, resulta bastante improbable que todos los destinatarios de una disposición general hayan participado en el procedimiento de elaboración de la misma y hayan podido advertir la existencia de tales vicios. Por todo ello, la apariencia de validez de un reglamento cuya única ilegalidad consiste en haber sido elaborado defectuosamente es, por regla general, mayor que la de otro de contenido ilegal.

³⁴⁰ Vid. *supra*, VII.2.

Hay que reconocer que los vicios que afectan a la declaración de voluntad por la que se establece una regulación jurídica general y abstracta tienen un cierto efecto «multiplicador»³⁴¹. Así, por ejemplo, si la obligación de que un órgano consultivo informe un proyecto de norma reglamentaria persigue que ésta sea la más acertada para los intereses públicos, habrá que presumir que la disposición elaborada con omisión de ese trámite no es la más oportuna para tales intereses y, por ende, que los actos dictados en aplicación de la misma tampoco lo son. Teniendo en cuenta que un reglamento es, por definición, susceptible de ser aplicado un número indeterminado de casos a una pluralidad indeterminada de personas, cabe afirmar que la gravedad de estos vicios de «forma» es mayor en el caso de los reglamentos que en el de las resoluciones singulares.

Pero la invalidez de una disposición general «multiplica» también los perjuicios ocasionados a la seguridad jurídica. Es probable que una infinidad de personas hayan confiado en que se les iba aplicar un reglamento. Pueden ser muchos los intereses jurídicos que vayan a quedar desamparados por la invalidez de un reglamento cuyo contenido es, además, perfectamente legal. La incertidumbre que provoca su anulación es general, dado el carácter general de su contenido. La invalidez de esa norma puede privar de fundamento a los actos que se hayan dictado en su aplicación y provocar, a su vez, la invalidez de los mismos. Se produciría una invalidez en cadena. Cabe afirmar, por tanto, que la invalidez de un reglamento es cuantitativamente más perjudicial para la seguridad jurídica que la de un acto administrativo singular.

La tesis aquí defendida es que, con el paso del tiempo, los beneficios que supone para la certeza y estabilidad jurídicas la validez de un reglamento de contenido legal, defectuosamente elaborado y que nadie ha impugnado aumentan, mientras que los perjuicios que dicha validez representa para el principio de legalidad disminuyen, por lo que resulta plausible que ese reglamento se convalide en el momento en el que aquellos beneficios superen a los referidos perjuicios. Esta tesis parte, pues, de dos premisas.

La confianza de las personas en la obligatoriedad de un reglamento de contenido ilegal, pero defectuosamente elaborado, crece cuanto más tiempo transcurre desde que se dictó dicha norma sin que nadie haya discutido su validez. Con el paso del tiempo, esa confianza es cada vez más digna de protección. La seguridad jurídica exige cada vez con mayor intensidad su validez.

Cuanto más tiempo ha transcurrido desde la emisión de una norma reglamentaria así viciada, menor es la fuerza con la que el principio de legalidad pide su invalidez. Aplicar esa norma ilegal lesiona ciertos intereses

³⁴¹ Vid. *supra*, II.4.C).a).

jurídicamente protegidos, perjudica al principio de legalidad, pero con el paso del tiempo las consecuencias lesivas de esa ilegalidad van diluyéndose y perdiendo intensidad. Por ejemplo, la omisión de un informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de un reglamento priva al órgano decisor de la información necesaria para dictarlo, por lo que, cabe presumir que el acierto del mismo se verá mermado³⁴². Pero cuanto más tiempo pasa sin que nadie discuta la validez del reglamento, más queda en entredicho esta presunción. Serán entonces los hechos los que se erijan en los jueces del acierto de la norma reglamentaria. Con el paso del tiempo, la declaración de voluntad, el proceso volitivo a través del cual se estableció la norma quedará relegado a un segundo plano, perderá importancia. Por el contrario, el contenido del reglamento permanecerá en primer plano, y adquirirá cada vez mayor protagonismo.

Esto que decimos no sólo ha sido apuntado por algún autor al hablar de la invalidez de las disposiciones reglamentarias³⁴³, sino también por otros al tratar de la interpretación de las normas jurídicas. LARENZ pone de relieve como «la ley jurídica,... es hecha por hombres y para hombres, es expresión de una voluntad dirigida a la creación de un orden justo,... Detrás de la ley está una determinada intención reguladora, están valoraciones, empeños y reflexiones objetivas, que han hallado en ella una expresión más o menos clara. Pero esto no es todo,..., una ley, tan pronto es aplicada, despliega una efectividad peculiar a ella, que va más allá de lo que el legislador había intentado. La ley interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores. En esto ocurre con una ley no otra cosa que con otras obras del espíritu»³⁴⁴. ROMANO, al precisar el significado de la expresión «vida propia» de las normas y de otras expresiones similares, dice que toda norma se integra en el ordenamiento jurídico, sujeto a una evolución continua, y que, a partir de entonces, pasará a ser tomada en consideración de acuerdo con la posición que ocupa dentro de éste³⁴⁵. BETTI afirma que «el jurista no se puede

³⁴² Sobre el fundamento de esta presunción, *vid. supra*, VII.2.A).b).a').

³⁴³ Recordemos que SCHMALZ, *Baugesetzbuch...*, cit., § 215, m. 6, afirmaba que «por regla general, el proceso de la ponderación con el tiempo palidecerá y perderá significado cuando se discuta la validez del plan». Por su parte, HILL, «Zur Dogmatik...», cit., p. 6, dice que «la importancia de un vicio de procedimiento palidece tanto más frente a la decisión material cuanto más duradera es la vigencia que la decisión pretende tener en la realidad».

³⁴⁴ LARENZ, *Metodología...*, cit., p. 313.

³⁴⁵ ROMANO, «Interpretación evolutiva», en *Fragmentos...*, cit., pp. 203 y ss., esp. p. 211. Casi con las mismas palabras, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho...*, cit., p. 462.

quedar en la evocación del sentido originario de la norma,..., sino que debe dar un paso adelante, porque la norma, lejos de agotarse en su primitiva formulación, tiene vigor actual en unidad con el ordenamiento del que forma parte integrante y es destinada a actuar y a trascender en la vida social, a cuya disciplina debe servir»³⁴⁶. ENGISCH, por su parte, compara la relación entre la ley y el legislador con la que hay entre un niño y sus progenitores: a los niños «al principio se les inculca el espíritu de la casa paterna, pero luego se vuelven cada vez más independientes y se oponen cada vez con mayor frecuencia a los padres con opiniones y decisiones propias»³⁴⁷.

Resulta, por lo tanto, justificado que las ilegalidades invalidantes de la declaración de voluntad que establece un reglamento, sean, por regla general, causa de anulabilidad. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que estas ilegalidades pueden revestir distinta gravedad. No hay que excluir que algunas de ellas, debido a su extrema gravedad, ocasionen la nulidad del reglamento que las padece.

a') Vicios del procedimiento de preparación de la voluntad

a'') Omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido

El inciso primero del artículo 62.1.e) LPC dice que son nulos los actos de las Administraciones públicas «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». Este vicio es tan grave que si la Administración pretende realizar alguna actuación material que afecta a derechos de los ciudadanos amparándose en un acto así viciado incurrirá en vía de hecho y los particulares dispondrán, incluso, de la protección interdictal contra el mismo³⁴⁸. Esta ilegalidad tiene una gravedad tal que determina la nulidad hasta de los actos administrativos singulares. Resulta, pues, justificado que la misma conlleve igualmente la nulidad de los reglamentos que la padecen.

«Para que se dé este motivo de nulidad no basta que se haya incurrido en la omisión de un trámite del procedimiento, por esencial y trascendental que sea»³⁴⁹. Sin embargo, algunas Sentencias del Tribunal Supremo afirman que

³⁴⁶ BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, (trad. de los Mozos), 1975, p. 109.

³⁴⁷ ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1997, p. 115.

³⁴⁸ *Vid.* el art. 101 LPC. Sobre «los vicios procedimentales cualificantes de una vía de hecho», *vid.* dos tesis distintas en LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho...*, cit., pp. 152 y ss.; SEVILLA MERINO, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, 1992, pp. 186 y ss.

³⁴⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. II, pp. 1602 y ss. En el mismo sentido, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 383 y 384. En cambio, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en *La doctrina...*, cit., pp. 241 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 361 y ss., son partidarios de suavizar la exigencia legal del carácter absoluto de la ausencia de todo trámite.

este supuesto de nulidad comprende la falta de audiencia a los interesados en el procedimiento de elaboración del acto administrativo. Pero se trata de afirmaciones innecesarias contenidas en *obiter dicta*. Aquí se confunde, una vez más, invalidez y nulidad³⁵⁰. En cambio, la STS de 30 de mayo de 1997 (Ar. 4403) estima improcedente la revisión de oficio de un acto administrativo elaborado con omisión de ese trámite, entre otras razones, porque «ello no equivale a la omisión total y absoluta del procedimiento».

b') Omisión o defectuosa realización de algunos trámites

De acuerdo con los artículos 63.2 y 62.1.e) LPC, este último interpretado *a sensu contrario*, tales ilegalidades hacen anulables a los actos de las Administraciones públicas.

En relación con estos vicios de procedimiento se ha elaborado la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual se aplican a los defectos de «forma» de los reglamentos las mismas reglas que a los actos administrativos singulares. Estos defectos darían lugar también a la anulabilidad de las normas reglamentarias y, una vez transcurridos dos meses desde su publicación, no podrían ser alegados al impugnar los actos dictados al amparo de las mismas³⁵¹. Hemos intentado poner de relieve que suficientes y fundadas razones apoyan esta jurisprudencia. Podría añadirse en este sentido que, por regla general, y al contrario de lo que sucede con los vicios de contenido de un reglamento, los de procedimiento suelen ser causa de la invalidez de la totalidad del contenido del mismo³⁵². Por ello, el defecto de procedimiento de un reglamento resulta normalmente más perjudicial para la seguridad jurídica que el de contenido. Se trata de una razón más para tratarlos de manera distinta.

Se plantea la duda de si en algún caso la omisión o defectuosa realización de sólo alguno de los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria puede ser causa de nulidad. El problema se ha suscitado en relación con la omisión del trámite de audiencia o información pública. Incluso uno de los pocos autores españoles que defiende la existencia

³⁵⁰ Vid., por ejemplo, la STS de 15-7-1981 (Ar. 3506), que confirma la anulación de un acto inválido que nunca adquirió firmeza. En un caso semejante, la STS de 8-3-1982 (Ar. 1338) reconoce que, «aun en el caso de que no se admitiese esta calificación de nulidad de pleno derecho...», es evidente que la gravedad y la trascendencia de los vicios señalados conduciría a mantener la invalidez o anulabilidad por el art. 48.1 de la LPA, por producir en este caso la falta de los trámites de vista y audiencia una situación de indefensión». Vid., también, las SSTs de 6-2-1998 (Ar. 1823), 13-2-1998 (Ar. 2116) y 6-3-1998 (Ar. 2741), que confirman la validez de los actos impugnados.

³⁵¹ Vid. *supra*, II.2.B).c).b') y II.4.D).b).c').

³⁵² Vid. *supra*, VIII.2.A).a).

de reglamentos ilegales anulables estima que este vicio produce la nulidad de los mismos³⁵³.

El que la propia Constitución española establezca el carácter preceptivo de este trámite³⁵⁴ no significa necesariamente que la disposición general elaborada con omisión del mismo deba ser nula. No todo acto administrativo inconstitucional es nulo³⁵⁵. La correlación absoluta entre violación de la Constitución y nulidad tendría probablemente consecuencias insoportables para la seguridad jurídica, que tiene, así mismo, rango constitucional. En principio, el legislador español sanciona con la nulidad a los actos administrativos inconstitucionales sólo cuando «lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» (art. 62.1.a LPC).

Precisamente en virtud de este último precepto legislativo, cabría pensar que la lesión del derecho de los ciudadanos a participar en el procedimiento de elaboración de una disposición general determina la nulidad de la misma, porque aquél constituye una manifestación de ciertos derechos susceptibles de amparo constitucional, en concreto, de los reconocidos en los artículos 23 y 24 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado, de una parte, que el derecho de los ciudadanos a ser oídos en el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo a través del trámite de información pública no se halla amparado por el artículo 23 citado³⁵⁶, y, de otra parte, que aquel artículo 24 consagra el derecho a ser oído y a defenderse ante los Tribunales, en el proceso, y no ante la Administración, en el procedimiento administrativo. Este último derecho vendría recogido en los apartados a) y c) del artículo 105 CE³⁵⁷, que de otro modo resultarían redundantes.

Aún así, podría pensarse que el vicio que ahora consideramos es causa de nulidad debido a su excepcional gravedad. Indudablemente, la omisión de este trámite lesiona diversos intereses dignos de protección en un Estado

³⁵³ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 389.

³⁵⁴ Ésta es la tesis que ha acabado por imponerse en la jurisprudencia del TS; *vid.*, entre otras, las SSTs de 13-3-1991 (Ar. 2382), 17-10-1991 (Ar. 7845) y 14-5-1998 (Ar. 3952). Esta última aplica directamente el art. 105 CE ante la inexistencia de regulación expresa del procedimiento de elaboración de reglamentos emanados por la Diputación Foral de Guipúzcoa.

³⁵⁵ Así lo advierte y critica JORDANO FRAGA, *Nulidad...*, cit., pp. 52 y 53.

³⁵⁶ Vid. la STC 119/1995, de 17 de julio, (esp. FJ 6), desestimatoria de un recurso de amparo. De la misma opinión, EZQUERRA HUERVA, «En torno...», cit., pp. 342 y ss. La tesis contraria se desprende de la STS de 19-5-1988 (Ar. 5060) y mantiene DE LA CRUZ FERRER, «Hacia...», cit., p. 131.

³⁵⁷ Vid. el ATC 966/1987, de 29 de julio, y las SSTC 68/1985, de 27 de mayo (FJ 4), 175/1987, de 4 de noviembre (FJ 3), y 42/1989, de 16 de febrero (FFJJ 3 y 5), comentadas por GAMERO CASADO, «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, 85, 1995, pp. 101 y ss. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 137 y ss.

democrático como el nuestro, en el que los poderes públicos deben promover la participación de todos los ciudadanos en la vida política (art. 9.2 CE) y en el que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Esta ilegalidad, de un lado, supone una cierta falta de respeto a la dignidad de las personas a las que había que dar la oportunidad de hacerse oír y, de otro lado, probablemente mermará la oportunidad y la legitimidad del reglamento. Pero ello no implica que esta lesión tenga la suficiente intensidad y gravedad como para determinar nada menos que la nulidad.

Cabe recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la omisión o defectuosa realización de este trámite sólo puede ser alegada al impugnar el correspondiente reglamento por las personas que debieron ser oídas en la forma prevista por el Derecho y no lo fueron. Estas personas tienen un cierto poder de disposición sobre la validez o invalidez de la disposición general que padece uno de estos vicios, porque en cierta medida también queda a su arbitrio el logro de los objetivos perseguidos por la norma reguladora de la audiencia³⁵⁸. Pues bien, resulta razonable que dicho poder se limite temporalmente, que la validez o invalidez de una norma jurídica no quede eternamente a disposición de ciertos ciudadanos destinatarios de la misma. Se ha señalado que «la anulabilidad se caracteriza inicialmente por ser un medio jurídico puesto por la ley a disposición de determinadas personas para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de la tutela jurídica, de manera que se deja al arbitrio de ellas la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Se sigue de ello una clara restricción de la acción de anulación y, al mismo tiempo, una cierta *limitación temporal* en el ejercicio de ese poder jurídico»³⁵⁹.

En definitiva, *de lege data*, la omisión o defectuosa realización de sólo alguno de los trámites integrantes del procedimiento de preparación de la voluntad que establece una norma reglamentaria, cuando dan lugar a la invalidez de la misma, son causa de anulabilidad. Ello no quita que *de lege ferenda* puedan establecerse para estos casos soluciones distintas a las actuales, por ejemplo: prescribir la nulidad para los reglamentos inválidos elaborados con infracción de cualquiera de las normas que regulan los trámites de audiencia o de información pública; o establecer la nulidad del reglamento sólo para aquellos supuestos en los que se omite totalmente la realización de ambos trámites y la anulabilidad para los restantes casos³⁶⁰.

b') Vicios del procedimiento de formación de la voluntad

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 62.1.e) LPC, son nulos los actos administrativos dictados prescindiendo «de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». Basta que se haya infringido alguna de estas normas para que se produzca la nulidad³⁶¹.

El vicio al que hace referencia este precepto reviste una enorme gravedad. Algunos autores entienden, incluso, que el acto así viciado no es producto de la voluntad del órgano al que el ordenamiento jurídico atribuye la potestad de dictarlo³⁶². Este defecto es tan grave que causa la nulidad hasta de las resoluciones administrativas singulares. La extraordinaria gravedad de este vicio justifica la nulidad del reglamento que lo padece.

c') Vicios de la voluntad

No hemos encontrado en los repertorios de jurisprudencia supuestos en que se haya dictado un reglamento como consecuencia de violencia, intimidación o dolo. En cualquier caso, hay que señalar que a estos reglamentos debe corresponderles la sanción de su nulidad.

La aplicación analógica del inciso segundo del artículo 62.1.e) LPC, que establece la nulidad de los actos dictados con infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, impone esta conclusión. Los vicios de la voluntad de un acto administrativo no son otra cosa que infracciones de normas jurídicas que dicen como tiene que formarse la voluntad de la Administración³⁶³. Constituyen, en realidad, infracciones de normas que contienen reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos administrativos. Esenciales, porque su inobservancia «desvirtúa totalmente el fenómeno interno de formación de la voluntad de quien ha decidido»³⁶⁴. A pesar de que el artículo 62.1.e) citado está pensado para la infracción de las normas que establecen los trámites que hay que seguir para formar la voluntad de los órganos adminis-

³⁶¹ Vid. BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 384; GONZÁLEZ PÉREZ, en *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., p. 1605.

³⁶² BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 385, 386 y 431 y ss., que considera que el acto que padece este vicio es, en realidad, inexistente. De la misma opinión, GARCÍA-TREVILJANO FOS, J. A., *Los actos...*, cit., p. 388.

³⁶³ Vid. *supra*, VII.2.B) y C).

³⁶⁴ Utilizando las palabras de BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 404, respecto del dolo, que considera causa de nulidad del acto administrativo «en virtud de lo dispuesto por el art. 62.1.c)» [*sic*, creemos que el autor se refiere al art. 62.1.e)] de la LPC; en cambio, estima que el acto dictado como consecuencia de violencia o intimidación es inexistente.

³⁵⁸ Vid. *supra*, VII.2.A).b).c').

³⁵⁹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, pp. 460 y 461. La cursiva es nuestra.

³⁶⁰ Esto último propone GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «Urbanismo y contencioso-administrativo. (Breves reflexiones en torno a la Ley Francesa de 9-2-1994)», *RAP*, 141, 1996, pp. 307 y 308, en relación con los planes urbanísticos.

trativos —de ahí la referencia a los órganos colegiados³⁶⁵—, cabe aplicar analógicamente este precepto a las violaciones de las restantes normas reguladoras de la formación de esa voluntad.

d') Vicios de los motivos

Nuestras leyes no contienen ningún precepto que de manera expresa disponga la nulidad o la anulabilidad de los actos administrativos o de los reglamentos viciados en sus motivos. Como ya se señaló en otra sede, los vicios de los motivos del reglamento pueden tener diferentes consecuencias. Si, por ejemplo, el error ha provocado un vicio de incompetencia o uno de contenido del reglamento³⁶⁶, éste será, lógicamente, nulo.

El problema se plantea cuando la incorrecta, inexacta o incongruente apreciación de los hechos que ha movido a la Administración a dictar el reglamento no ha provocado un vicio de incompetencia o de contenido. Imaginemos que la Administración se ha creído obligada por la ley a adoptar un reglamento con un cierto contenido —perfectamente legal— cuando, en realidad, podía haber optado por otras regulaciones igualmente ajustadas a Derecho. De acuerdo con la regla general antes señalada para los vicios de la declaración de voluntad en que consiste toda disposición reglamentaria, estas ilegalidades que afectan única y exclusivamente a sus motivos deberían dar lugar a la anulabilidad de la disposición.

No obstante, cuando se trata de falsedad de los motivos, esto es, «cuando el autor de la declaración de voluntad presenta como hechos apreciados hechos que sabe no existieron o que fueron realmente diferentes a como los presenta»³⁶⁷, cabe entender que la sanción para el reglamento que sufre esta ilegalidad es la de la nulidad, puesto que el artículo 62.1.d) LPC establece que son nulos los actos «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta» y el Código Penal castiga a «la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad»³⁶⁸.

e') Desviación de poder

También el vicio de desviación de poder provoca a veces uno de contenido. El contenido de una disposición reglamentaria es ilegal cuando no sirve o no

se ajusta a los fines que le marca el Derecho. Un reglamento así viciado es nulo. Pongamos por caso que el Gobierno, con la intención de fastidiar al clero, prohíbe de manera absoluta el toque de campanas de las iglesias sitas en el territorio nacional. Esta prohibición —el contenido del reglamento— habría que tacharla como mínimo de desproporcionada. En las horas diurnas o en días festivos, las campanadas no perturban la tranquilidad pública. Dicha regulación sería ilegal, inválida y nula, con independencia de cuál hubiese sido la intención del Gobierno al establecerla.

Pero cabe la posibilidad de que la desviación de poder no repercuta sobre la legalidad del contenido del reglamento. Supongamos que el Gobierno, con la misma intención torcida del ejemplo anterior, prohíbe el toque de campanas los días laborables, desde la 1 hasta las 6 de la madrugada, dejando a salvo la posibilidad de conceder a la correspondiente parroquia un permiso para que aquéllas puedan sonar durante ese espacio de tiempo cuando se den determinadas circunstancias. Supongamos que dicha prohibición es adecuada y proporcionada en relación con la finalidad —el mantenimiento de la tranquilidad pública— con la que en este caso debía haberse ejercido la potestad reglamentaria. Pese a ello, esa disposición deberá ser considerada inválida si se demuestra que el Gobierno perseguía una finalidad espuria al emanarla, pues hay que presumir que la Administración, de haber obrado rectamente, habría dictado un reglamento más acertado y conveniente para los intereses públicos. Ahora bien, con el paso del tiempo, la intención real del autor del reglamento pierde importancia. El tiempo juzgará el acierto de la norma. Poco importará la intención desviada del Gobierno si, pasados unos años, los ciudadanos comprueban que se duerme mejor sin campanas que con campanas y que el sonido de las mismas ya no les resulta de tanta utilidad como antaño, dado lo fácil y económico que hoy en día es adquirir un reloj o un despertador.

Deben distinguirse los supuestos en los que la desviación de poder ha provocado la ilegalidad del contenido de la disposición reglamentaria y aquellos otros en los que no ha repercutido sobre su legalidad. En el primer caso, el reglamento viciado es nulo. En el segundo, en principio resulta justificado considerarlo anulable por las razones vistas al hablar de los vicios relativos a la declaración de voluntad.

Además, el artículo 63.1 LPC establece que la desviación de poder es causa de anulabilidad de los actos de las Administraciones públicas. Algunos autores opinan que este vicio debería acarrear en determinados supuestos la nulidad de tales actos³⁶⁹. Pero hay que tener en cuenta que tales autores se refieren a la desviación de poder que, en realidad, supone un vicio de

³⁶⁵ Sólo en el caso de los órganos colegiados se requiere observar una serie de trámites para formar la voluntad administrativa. En cambio, cuando se trata de órganos unipersonales, al identificarse la voluntad del órgano con la de su titular, la voluntad administrativa se forma a través de un proceso psicológico puramente interno.

³⁶⁶ Vid. *supra*, X.5.B).a) e *infra*, X.5.B).c).g).

³⁶⁷ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 395 y 396.

³⁶⁸ Vid. el art. 390.1 del CP. Seguimos aquí, básicamente, el razonamiento de BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 396, aunque este autor considera que el acto es en estos casos inexistente.

³⁶⁹ Así, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., pp. 472 y 473; CHINCHILLA, «Nulidad...», cit., p. 205; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 622.

contenido o, incluso, de incompetencia. Aluden explícita o implícitamente a aquellos supuestos en los que el contenido del acto no sirve objetivamente — con independencia de la intención de su autor — a los fines que le marca el ordenamiento; ilegalidad que reviste una enorme gravedad. Así, por ejemplo, BOQUERA OLIVER afirma que «quien con su poder administrativo *satisface* un fin público distinto de aquel para el que el poder le fue otorgado incurre en incompetencia»³⁷⁰, y que no parece lógico que sólo sea anulable el acto administrativo que en vez de satisfacer un fin público, *satisface* uno privado³⁷¹.

La jurisprudencia no suministra datos decisivos acerca de la sanción, nulidad o anulabilidad, que corresponde a los reglamentos dictados con desviación de poder. El Tribunal Supremo ha anulado varias disposiciones aquejadas de este defecto, pero éstas habían sido recurridas directamente, dentro de los dos meses siguientes a su publicación, y, en la mayoría de los casos, eran además ilegales en cuanto a su contenido o padecían un vicio de incompetencia:

Por ejemplo, la STS de 13 de julio de 1987 (Ar. 6893) anuló un Bando municipal relativo a la circulación rodada de vehículos privados que había sido dictado, en realidad, con una finalidad recaudatoria. Con independencia de la intención subjetiva del Alcalde autor de esta disposición reglamentaria, lo cierto es que la misma padecía un vicio de contenido e, incluso, de incompetencia, en cuanto que de manera desproporcionada condicionaba «el derecho al uso singular y temporal de un espacio de dominio público, no ya al pago de una tasa, cosa lógica, sino también al previo pago de un impuesto municipal de circulación que, como toda exacción legalmente aprobada cuenta con sus cauces propios de ejecución». Dicho Bando *regulaba, establecía*, pues, un medio de ejecución forzosa no previsto legalmente e *invadía la reserva de ley* existente en la materia.

La STS de 28 de octubre de 1995 (Ar. 8544) anuló un Real Decreto que restringía el derecho a la libre elección de notario con el fin de corregir las distorsiones financieras que provocaba el que la Diputación Foral de Álava hubiese fijado un tipo del impuesto de actos jurídicos documentados sensiblemente inferior al aplicable en las Comunidades Autónomas de régimen común. Esta disposición se había dictado con desviación de poder, pero, además, incurría en otros vicios. Como señala el Tribunal Supremo, «la norma impugnada [su contenido] no se atiene al principio de congruencia o coherencia que vertebraba el ordenamiento jurídico»; «el efecto, ..., de que el reglamento impugnado abandonando su posición subordinada respecto a la ley y al Derecho, intente dar solución a un problema fiscal o tributario entre

haciendas autonómicas, es el de que *ha invadido el ámbito en que debía abordarse y dilucidarse la distorsión financiera y eventual controversia entre tales haciendas territoriales, que es un ámbito reservado a la ley*»³⁷².

La STS de 12 de julio de 1999 (Ar. 6756) anuló una norma organizativa por haber sido dictada con la exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de una sentencia firme.

También se le ha planteado al Tribunal Supremo en vía incidental la validez de un reglamento que, según el recurrente, incurría en desviación de poder. Dicho Tribunal no llegó a inaplicar la disposición cuestionada, fundamentalmente porque la consideró ajustada a Derecho³⁷³, aunque a mayor abundamiento decía que «la norma de referencia no fue impugnada en su día por quien ahora alega la lesión de derechos subjetivos dimanantes de los actos de aplicación»³⁷⁴. Este razonamiento podría entenderse en el sentido de que el reglamento, aun en el caso de haber padecido dicho vicio, se habría convalidado debido a que no fue impugnado dentro de los plazos establecidos al efecto. Pero también podría verse en dicha argumentación un residuo de la vieja e inadmisibles doctrina jurisprudencial sobre el «recurso indirecto» a la que ya se ha hecho referencia³⁷⁵.

La STS de 6 de marzo de 1990 (Ar. 1839), por su parte, anuló una liquidación en concepto de cierta tasa dictada al amparo de una ordenanza municipal debido a que el contenido de ésta iba «en contra del fin de la tasa». Independientemente de la intención del Municipio al adoptar la ordenanza, lo cierto es ésta era ilegal en cuanto a su contenido y, por lo tanto, nula y susceptible de ser inaplicada en todo momento.

f) Vicios de forma

a) Formas que constituyen requisitos de reconocibilidad del reglamento. Los vicios de la publicación

La publicación de las normas jurídicas tiene como finalidad proporcionar un fácil y fehaciente conocimiento de las mismas y presta, por lo tanto, un gran servicio a la certeza del Derecho. La omisión ilegal de este requisito formal o su defectuoso cumplimiento lesionará con toda probabilidad aquel valor jurídico. En estos casos, no sólo el principio de legalidad sino también el de certeza jurídica se oponen a que un reglamento no publicado o publicado en lugar distinto del prescrito por la ley se convalide por el simple hecho de

³⁷⁰ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 468. La cursiva es nuestra.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 471.

³⁷² La cursiva es nuestra. La STS de 7-4-1997 (Ar. 2945) estima un recurso contra la misma disposición.

³⁷³ *Vid.* las SSTs de 9-11-1980 (Ar. 3011) y 2-6-1995 (Ar. 4865).

³⁷⁴ STS de 2-6-1995 (Ar. 4865).

³⁷⁵ *Vid. supra*, II.2.B).b).

que nadie lo ha impugnado dentro de un determinado periodo de tiempo. La seguridad jurídica se vería gravemente perjudicada por esa convalidación, pues seguiría sin poderse facilitar a los destinatarios del reglamento un conocimiento fehaciente de su contenido.

Aquí se muestra una vez más que para que la seguridad, la certeza y la estabilidad del Derecho exijan la convalidación de una norma jurídica inválida es necesario que ésta goce de una cierta apariencia de validez, que los destinatarios de la misma puedan haber confiado razonablemente en ella. Pues bien, ya quedó expuesto que la falta de publicación de una disposición reglamentaria o la publicación de la misma en un lugar distinto del previsto legalmente impide casi de modo absoluto que tal disposición goce de aquella apariencia. Y es que el cumplimiento de esta forma es uno de los llamados requisitos externos de reconocibilidad de las normas jurídicas³⁷⁶, uno de los requisitos mínimos que permiten a los operadores jurídicos identificarlas como tal³⁷⁷. Alguna autora estima que se trata, incluso, del único requisito al respecto³⁷⁸. La publicación en el lugar previsto por el ordenamiento jurídico es lo que en mayor medida confiere a una norma apariencia de validez; y viceversa, la falta de publicación en dicho lugar es lo que más merma dicha apariencia.

También el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se opone a dicha convalidación. Fijar un plazo preclusivo para discutir la validez de un reglamento no publicado, o publicado en un lugar distinto del previsto legalmente, supone privar de aquel derecho a las personas afectadas en sus derechos e intereses legítimos por dicho reglamento, pues éstas difícilmente tendrán efectivamente la oportunidad de impugnar una norma de la que no pueden tener conocimiento.

En suma, los reglamentos inválidos que padecen tales vicios son nulos.

b'') Formas que no constituyen requisitos de reconocibilidad del reglamento

Hay formas a las que deben ajustarse las disposiciones generales —v. gr., su motivación— que no constituyen requisitos externos de reconocibilidad de las mismas, esto es, no tienen como finalidad el que los operadores jurídicos puedan identificar dichas disposiciones como tales y conocer su contenido. Las infracciones de las reglas que regulan estas formas «no las lleva escritas

³⁷⁶ VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., p. 277.

³⁷⁷ Díez-PICAZO, L. M.³, *La derogación...*, cit., pp. 165 y 166. *Vid.*, también, Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 278 y 279.

³⁷⁸ BIGLINO CAMPOS, *La publicación...*, cit., p. 92, que afirma que en nuestro Derecho hay que «considerar como prueba de la existencia de una ley su sola publicación en el Boletín Oficial del Estado».

el reglamento en la frente»³⁷⁹. Estos vicios no merman apenas su apariencia de validez. Debido a ello, cuanto más tiempo transcurra desde la emisión del reglamento aquejado de una de estas ilegalidades sin que nadie lo impugne, con más intensidad pedirá la seguridad jurídica su conservación y convalidación.

A estas formas se les puede aplicar la señalada regla general de acuerdo con la cual los vicios de la declaración de voluntad en que consiste todo reglamento siguen un régimen de anulabilidad. Sólo cuando la ilegalidad formal tuviese una extraordinaria gravedad resultaría justificado que determinara la nulidad. En principio, corresponde al legislador valorar cuando un defecto de forma es lo suficientemente grave como para causar la nulidad de un acto administrativo, pues, como ya sabemos, en nuestro Derecho las causas de nulidad de los actos de las Administraciones públicas están tasadas por la ley, que no contiene ninguna cláusula general del estilo: «Son nulos los actos que incurran en una infracción muy grave del ordenamiento jurídico».

g') Vicios de incompetencia

El de incompetencia es ya en el caso de los actos administrativos singulares un vicio de orden público de tal gravedad que determina la nulidad de los mismos en los términos a los que luego haremos referencia. La gravedad de este vicio se acentúa en el caso de las disposiciones reglamentarias. Prueba de ello es que el Código Penal castiga al funcionario o autoridad pública que dictare una disposición general careciendo de atribuciones para ello, lo que no sucede cuando se trata de un acto singular³⁸⁰. Otros datos indican, igualmente, la especial gravedad que revisten las reglas relativas a la competencia para emanar normas. Así, por poner dos ejemplos, la potestad reglamentaria se atribuye normalmente sólo a los órganos superiores de la correspondiente Administración pública³⁸¹ y la delegación de la competencia para adoptar disposiciones generales está prohibida³⁸².

El de incompetencia es, así mismo, un vicio que el reglamento «lleva escrito en la frente». Esta expresión no hay que entenderla en el sentido de que dicha ilegalidad es siempre fácil de apreciar. Lo que pasa es que la competencia es uno de los «requisitos externos de reconocibilidad» de las normas jurídicas. Toda norma debe expresar el órgano que la emite³⁸³ y los operadores jurídicos necesaria e inevitablemente deben examinar si las normas que aplican han sido dictadas por el sujeto al que el ordenamiento jurídico otorga

³⁷⁹ Tomando las palabras ya citadas de Jellinek, W., *Verwaltungsrecht*, cit., p. 263.

³⁸⁰ *Vid. supra*, II.1.

³⁸¹ *Vid.*, por ejemplo, los arts. 97 CE, 23.1 LG y 22.2.d) LBRL.

³⁸² *Vid.* el art. 13.2.b) LPC.

³⁸³ VILLAR PALASÍ, *Derecho...*, cit., p. 277.

la correspondiente competencia³⁸⁴. Este vicio queda, pues, siempre «a la vista». A diferencia del de procedimiento, puede apreciarse a partir del texto de la disposición reglamentaria. Resulta lógico que la apariencia de validez de un reglamento dictado por un órgano incompetente sea menor, por ejemplo, que la de uno en cuyo procedimiento de elaboración se ha omitido cierto dictámen preceptivo.

Por todas estas razones, la seguridad jurídica no tiene el suficiente «peso» como para justificar que una disposición reglamentaria viciada de incompetencia se convalide por la sola circunstancia de que nadie la haya impugnado durante cierto periodo de tiempo.

La jurisprudencia española ha considerado aplicable a la incompetencia como causa de nulidad de los reglamentos las mismas reglas previstas por el legislador para los actos administrativos³⁸⁵. Actualmente, el artículo 62.1.b) LPC— dispone que los actos viciados de incompetencia son nulos cuando hayan sido dictados «por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio».

Ya quedó expuesto como el requisito del carácter manifiesto del vicio incompetencia de los reglamentos no ha tenido ninguna relevancia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Todas las incompetencias eran manifiestas. Esto resulta comprensible, porque exigir que esta ilegalidad sea manifiesta para sancionarla con la nulidad carece de lógica incluso en el caso de las resoluciones administrativas singulares.

Varios autores han criticado la relatividad, subjetividad e imprecisión del concepto «manifiesto». Lo que es evidente para un Juez bien preparado puede no serlo para otro que posea menores conocimientos jurídicos³⁸⁶. Sin embargo, éste no es el reparo más serio que se le puede hacer al mencionado artículo 62.1.b).

Sabido es que se ha utilizado la evidencia de la ilegalidad de los actos administrativos como criterio delimitador de las causas de su nulidad³⁸⁷. No puede negarse que esta evidencia desempeña un papel importante en el régimen jurídico de los actos administrativos inválidos, pues, como ya se puso de relieve, la confianza en la validez de un acto es tanto menos digna de protección cuanto más clara y manifiesta resulta su ilegalidad. Así, la

³⁸⁴ Kelsen, *Teoría...*, cit., pp. 278 y 279.

³⁸⁵ Vid. *supra*, II.4.D).b).

³⁸⁶ Vid. CLAVERO AREVALO, «La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos», *Estudios de Derecho Administrativo*, 1992, p. 181; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 609; GONZÁLEZ PÉREZ, en *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1597; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 303 y ss. En la doctrina alemana, MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 177 y 178.

³⁸⁷ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 270 y 271, 303 y 304. Vid. también el § 44.1 VwVfG y WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, cit., § 49, m. 9 y ss.

evidencia de ciertos vicios de un acto administrativo justifica que en cualquier momento pueda la Administración corregirlos sin que ello lesione la confianza que puedan haber depositado ciertas personas en la validez del acto viciado. Cuanto más evidente es la ilegalidad de un acto administrativo, menor es la apariencia de validez del mismo y la intensidad con la que la seguridad jurídica exige su convalidación³⁸⁸.

Pero el fundamento de la nulidad es la extraordinaria gravedad de los vicios que la determinan, y éste debe ser, por tanto, el criterio delimitador de las causas de nulidad. Los vicios muy graves suelen ser, a la vez, palmarios³⁸⁹, pero no es necesario que así suceda. Hay vicios leves evidentes. Estos pueden ser en cualquier momento «rectificados» —esto es, se anula el acto que los sufre y se sustituye por otro legal—, porque el principio de legalidad pide la eliminación del acto inválido y el de seguridad no justifica la conservación del mismo por el transcurso del tiempo. No hace falta que los «errores materiales o de hecho» evidentes sean extraordinariamente graves para que la Administración pueda en cualquier momento corregirlos. Pero también hay vicios muy graves que no saltan a la vista. Aquí la seguridad jurídica pide la conservación del acto y el principio de legalidad su eliminación. No obstante, como se trata de ilegalidades extraordinariamente graves, de orden público, causantes de la nulidad, el principio de legalidad siempre pesa más que el de seguridad jurídica; el acto ilegal no podrá convalidarse por el simple transcurso del tiempo. Por eso no tiene lógica que a la hora de delimitar los supuestos de nulidad se exija que la correspondiente ilegalidad, además de ser grave, sea evidente. No resulta correcto utilizar la evidencia del vicio de un acto como un requisito cumulativo, que se añade al de su gravedad, para considerar que dicho vicio causa la nulidad³⁹⁰.

Es por ello que no debe interpretarse la palabra «manifiestamente» empleada por el legislador como sinónimo de «evidentemente». Así, SANTAMARÍA PASTOR considera que cuando la ley «alude a la incompetencia manifiesta, no está exigiendo como elemento delimitador del tipo legal la evidencia del vicio, sino que esta aludiendo indirectamente a la gravedad del mismo,..., porque, normalmente, la evidencia es consecuencia necesaria de la gravedad»³⁹¹. En este sentido hay que recordar que, donde la Ley de Procedimiento Administrativo hablaba de «actos que infrinjan manifiestamente la ley», la LPC se refería a los «actos que infrinjan gravemente normas...»³⁹². GARCÍA-TREVIJANO FOS, por su

³⁸⁸ Vid. *supra*, VI.3.B).c).a').d').

³⁸⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., p. 307.

³⁹⁰ En sentido similar, MORLOK, *Die Folgen...*, cit., pp. 170 y ss.

³⁹¹ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 306 y 307 y 330 y ss. En sentido similar, LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 505.

³⁹² Vid. el art. 110.2.a) LPA y el art. 103.1.a) LPC, de acuerdo con su redacción originaria.

parte, sostiene que por ilegalidad manifiesta hay que entender una ilegalidad que ha sido detectada por el Juez. Una ilegalidad o es manifiesta o no existe jurídicamente. Las expresiones «manifiesto» o «notorio» no encierran otra cosa que una terminología tradicional en el lenguaje procesal³⁹³. De acuerdo con esta última tesis, la alusión legislativa al carácter manifiesto de la incompetencia sería, en realidad, irrelevante. En cualquier caso, ambas interpretaciones conducen a estimar que todo reglamento dictado por un órgano incompetente es nulo de pleno derecho, puesto que el vicio de incompetencia de una disposición general tiene siempre una especial gravedad.

Para que el vicio de incompetencia de lugar a la nulidad, el artículo 62.1.b) LPC exige, además, que el acto viciado haya sido dictado por órgano incompetente «por razón de la materia o del territorio». A *sensu contrario*, la incompetencia jerárquica de un acto sólo produce la nulidad del mismo.

Esta exigencia constituye una novedad introducida por la LPC, que ha recogido cierta interpretación del artículo 47.1.a) LPA³⁹⁴. Esta interpretación se funda en una premisa rechazable: la de que los actos nulos no pueden ser subsanados³⁹⁵. Pues bien, dado que la ley prevé que el vicio de incompetencia pueda ser subsanado por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto³⁹⁶, se concluye que la incompetencia jerárquica es causa de anulabilidad. Como señala SANTAMARÍA PASTOR³⁹⁷, aquí se incurre en un error lógico, puesto que a partir de aquella premisa únicamente puede concluirse que la incompetencia jerárquica «por defecto»³⁹⁸, y no aquella que tiene lugar «por exceso»³⁹⁹, produce la anulabilidad, ya que la ley sólo contempla la subsanación de los actos aquejados de la primera.

Varios autores consideran, no obstante, que hay supuestos en los que el vicio de incompetencia jerárquica se hace acreedor por su extrema gravedad a la sanción de nulidad⁴⁰⁰. No es de extrañar que se hayan propuesto diversas interpretaciones extensivas de la causa de nulidad contemplada en ese artículo 62.1.b). Así, se defiende una interpretación estricta de lo que hay que entender por incompetencia jerárquica⁴⁰¹. O, a la vista de los antecedentes históricos del

precepto, se estima que sólo determinan la anulabilidad los vicios de incompetencia jerárquica no convalidables⁴⁰². Algunos autores tienen muy presente que la gravedad de la ilegalidad es el criterio decisivo para delimitar los supuestos de nulidad y consideran que los vicios muy graves de incompetencia jerárquica también hacen nulo al acto que los sufre⁴⁰³.

No creemos que esta limitación de los supuestos en los que el vicio de incompetencia determina la nulidad de los actos administrativos sea aplicable a los reglamentos.

En primer lugar, porque la gravedad del vicio de incompetencia de los reglamentos es, como ya nos consta, siempre extraordinaria. Mucho mayor que en el caso de los actos administrativos.

En segundo lugar, cualquier vicio de incompetencia de un reglamento lo es o bien por razón de la materia o bien por razón del territorio. La distinción entre criterios material, territorial y jerárquico de distribución de competencias viene a ser un trasunto de la distinción elaborada en el Derecho procesal entre los criterios objetivo, territorial y funcional⁴⁰⁴. Las normas que fijan la competencia funcional —jerárquica, en el Derecho administrativo— nos dicen cuál es el órgano jurisdiccional que va a conocer en cada una de las fases del proceso sobre un asunto concreto —primera instancia, recurso de apelación, de queja, de casación, etc.—⁴⁰⁵. Las normas reguladoras de la competencia funcional presuponen que varios órganos son competentes por razón de la materia y del territorio para conocer sobre un asunto concreto, si bien, en fases procesales distintas. Pues bien, no hay normas que distribuyan la competencia «funcional» o «jerárquica» para emanar disposiciones reglamentarias. La competencia para dictarlas se otorga únicamente de acuerdo con criterios materiales y territoriales. La razón es sencilla: no caben recursos administrativos contra reglamentos (art. 107.3 LPC). Sobre un mismo «asunto reglamentario» no deciden sucesivamente diversos órganos administrativos.

C) La no impugnación del reglamento dentro de plazo

El régimen de anulabilidad de los actos jurídicos supone que los mismos pueden ser impugnados sólo durante cierto periodo de tiempo, transcurrido

³⁹³ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado...*, cit., t. I, p. 331.

³⁹⁴ Vid. una exposición y crítica de esta interpretación en SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 323 y ss.

³⁹⁵ Así lo advierte BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., p. 173.

³⁹⁶ Vid. el derogado art. 53.2 LPA, equivalente al art. 67.3 LPC.

³⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 328 y ss.

³⁹⁸ El acto ha sido dictado por un órgano jerárquicamente inferior al competente.

³⁹⁹ El acto ha sido dictado por un órgano jerárquicamente superior al competente.

⁴⁰⁰ BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., p. 173; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 624; LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 506; SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad...*, cit., pp. 328 y 329.

⁴⁰¹ LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 506.

⁴⁰² TRAYTER JIMÉNEZ, «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en el Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, 1993, t. I, p. 840.

⁴⁰³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 624; BELADIEZ ROJO, «Nulidad...», cit., pp. 173 y 174; TRAYTER JIMÉNEZ, «Las causas...», cit., pp. 840 y ss.

⁴⁰⁴ Así lo advierte GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. II, p. 322.

⁴⁰⁵ GÓMEZ COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), 2000, t. I, pp. 224 y 225.

el cual adquieren validez. Mientras dura este plazo, prima el principio de legalidad. Expirado el mismo, el de seguridad jurídica.

a) Duración del plazo

Ésta es convencional, no viene predeterminada por la lógica.

En el Derecho civil español, la acción encaminada a atacar los contratos anulables caduca a los cuatro años⁴⁰⁶.

El plazo para impugnar ante los Tribunales los actos administrativos anulables expresos es, en principio, de dos meses (art. 46.1 LJ). No obstante, la Administración puede declarar lesivos e impugnar jurisdiccionalmente sus actos anulables declarativos de derechos en el plazo de cuatro años desde que fueron adoptados (art. 103 LPC).

Ya se vio que en el Derecho administrativo alemán ciertos vicios de forma y de procedimiento de un plan urbanístico se vuelven irrelevantes si nadie los hace valer por escrito frente al Municipio dentro del año posterior a la publicación del plan. Los mismo vale para los vicios de la «ponderación, aunque aquí el plazo es de siete años. Las leyes de algunos *Länder* que han copiado en este punto a la legislación urbanística establecen diversos plazos: algunas mantienen el de un año, otras lo rebajan hasta seis o incluso tres meses⁴⁰⁷.

En Francia, determinadas ilegalidades de forma y de procedimiento de los planes urbanísticos no pueden invocarse vía «excepción de ilegalidad» una vez transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de los mismos⁴⁰⁸.

En el Derecho español, el régimen jurídico de la anulabilidad de los reglamentos no es el fruto de una determinación explícita y consciente del legislador, sino de una construcción jurisprudencial. El Tribunal Supremo ha entendido que la falta de impugnación del reglamento anulable dentro de los dos meses posteriores al día siguiente al de su publicación determina su convalidación. Este plazo es el establecido para interponer el llamado recurso «directo» contra reglamentos⁴⁰⁹.

Puede apreciarse que este último plazo es relativamente corto, en nuestra opinión, demasiado. Carece de lógica que su duración sea la misma para disposiciones reglamentarias y actos singulares. Y es que, en principio, éstos últimos deben notificarse individualmente a cada uno de sus destinatarios, que durante dos meses tienen, por tanto, la efectiva oportunidad de impug-

narlos. En cambio, no hay por regla general una obligación de notificar las disposiciones reglamentarias. Por ello, lo normal es que los ciudadanos tengan noticia de las mismas cuando se les aplican y no cuando éstas se publican, pues pocos leen con regularidad los diarios oficiales. Como el escaso plazo de dos meses para impugnarlas corre a partir del día siguiente al de su publicación en el correspondiente diario, sólo los ciudadanos —probablemente, no demasiados— atentos a las novedades normativas van a tener la posibilidad efectiva de impedir que las disposiciones anulables se convaliden por el transcurso del tiempo.

b) Falta de impugnación del reglamento

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes expuesta se desprende que los reglamentos anulables se convalidan si nadie los recurre dentro del mencionado plazo de dos meses. Surge la cuestión de si la llamada «impugnación indirecta» de un reglamento acaecida dentro de estos dos meses impide dicha convalidación. A nuestro juicio, la respuesta es negativa. Sólo la impugnación «directa» de un reglamento tiene este efecto impeditivo. Así lo impone la seguridad jurídica.

La interposición de un recurso «directo» contra una disposición general debe ser publicada en el mismo periódico en el que antes lo fue la disposición recurrida⁴¹⁰. Ello permite saber a los ciudadanos que la validez de esta norma ha sido cuestionada y contar con la posibilidad de su anulación futura. La sentencia que anula un reglamento también ha de ser publicada en el mismo lugar donde lo fue en su día éste (arts. 72.2 y 107.2 LJ). Además, por regla general, los recursos directos contra disposiciones generales gozan de preferencia y, una vez conclusos, deben ser antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo (art. 66 LJ). Y es que, cuando se discute la validez de una norma, la seguridad exige que se llegue lo más rápidamente posible a una decisión definitiva y con eficacia *erga omnes* al respecto para que los múltiples destinatarios de la misma sepan cuanto antes a qué atenerse. En suma, el proceso en el que se pretende la anulación de un disposición reglamentaria discurre con una publicidad y rapidez adecuadas a lo demandado por la seguridad jurídica.

Por el contrario, la Ley no obliga a anunciar públicamente la iniciación de un proceso en el que se discute la aplicabilidad de un reglamento. Tampoco es obligado publicar las sentencias que inaplican una disposición general. La tramitación de los «recursos indirectos» no goza de preferencia alguna, por lo que existe la posibilidad de que tales sentencias se dicten varios años después

⁴⁰⁶ Vid. el art. 1301 CC y Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 465.

⁴⁰⁷ Vid. HILL, *Das fehlerhafte...*, cit., pp. 83 y ss.

⁴⁰⁸ Vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, «Urbanismo...», cit., pp. 301 y ss.; AUBY, «La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme», *RFDA*, 1995, pp. 32 y ss.; BOYSSOU, Fernand, «Nouvelles dispositions en matière d'urbanisme», *AJDA*, 1994, p. 212.

⁴⁰⁹ Vid. *supra*, II.2.B).c).a').

⁴¹⁰ Vid. el art. 47.2 LJ, interpretado teleológicamente y sistemáticamente en relación con el art. 123 LJ.

de la publicación de la disposición. Como los destinatarios del reglamento anulable difícilmente conocerán su «impugnación indirecta» e inaplicación, es muy probable que, una vez transcurrido el citado plazo de dos meses, hayan confiado en su conservación. Impedir la convalidación por el transcurso del tiempo de un reglamento anulable sólo porque dentro de aquel plazo se ha iniciado un proceso en el cual se va a enjuiciar incidentalmente su validez menoscabaría la seguridad jurídica.

XI. LA CONVERSIÓN DE LOS REGLAMENTOS INVÁLIDOS

El artículo 65 LPC, titulado «conversión de actos viciados», dispone que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste». Como dice la STS de 12 de junio de 1989 (Ar. 4656), la conversión, establecida por la Ley para los actos administrativos, «ha de operar también en el terreno de las normas».

1. CONCEPTO

Cuando la doctrina intenta definir conceptualmente la conversión de los actos jurídicos suele recurrir a lo que algún autor ha llamado «aproximaciones icónicas»¹. Se dice, por poner algunos ejemplos: que el acto inválido se «transforma»² en otro válido; que se conservan los elementos de un acto jurídico para hacer de ellos otro distinto³; o que consiste en «la desaparición de un acto viciado y la construcción con el material aprovechable que resulta de aquél, de otro acto nuevo y necesariamente distinto»⁴.

Pero al decir que un acto se convierte en otro nuevo se está utilizando un lenguaje «alegórico»⁵, metafórico. Todas estas expresiones «de ningún modo permiten conocer, en realidad de verdad, la sustancia del ente de que estamos hablando»⁶. Supuesto que un acto administrativo es una declaración de voluntad que impone unilateralmente efectos jurídicos, no se acaba de ver claramente en qué consiste su «transformación». ¿Se transforma la declaración de voluntad o sus efectos jurídicos? ¿Cómo se produce la transformación? ¿El acto se convierte por sí solo, espontáneamente, o es necesario que alguien lo convierta? Da la impresión de que aquellas expresiones resultan más adecuadas para un gusano de seda o para la energía, que ni se crea ni se destruye sino que se transforma, que para un acto jurídico.

Convertir un acto jurídico no es otra cosa que calificarlo jurídicamente de cierta manera. Como dice DE CASTRO Y BRAVO, «la conversión es un efecto de

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, pp. 484 y 485.

² Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., t. I, p. 459; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho...*, cit., t. I, vol. 2º, pp. 954 y 955; BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., 310; BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 530.

³ ALBALADEJO, *Derecho...*, cit., t. I, vol. 2º, p. 466.

⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 487.

⁵ LAUBINGER, «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *VerwArch*, 1987, p. 352, respecto del tenor literal del § 47 VwVfG.

⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 485.

la interpretación y calificación correcta del negocio [léase acto jurídico],..., interpretación y calificación que habrán de hacerse atendiendo a la verdadera naturaleza de lo que se haga o pretenda»⁷. Convertir un acto es atribuirle un significado distinto del que le dio su autor⁸, incluirlo en una categoría legal que lo hace válido y que no se corresponde con la denominación que el sujeto que lo emanó le había dado, de acuerdo con la cual sería inválido⁹. WINDSCHEID ya señalaba hace más de un siglo que la expresión conversión con la que se designaba a esta figura no era demasiado afortunada, pues «el negocio [léase acto] jurídico no se mantiene porque se haya hecho otro del mismo, sino que se mantiene como lo que es; sólo que se le vuelve por el lado que no estaba visible»¹⁰. Entre nuestra doctrina también se ha señalado que este término «no es del todo exacto, ya que no ocurre que un contrato [léase acto jurídico] que primero era válido se convierta luego, en virtud de un acontecimiento posterior, en un contrato distinto, sino que desde el principio se le enjuicia no según la calificación,..., según la cual sería inválido, sino según una calificación,..., correcta que le salva de la invalidez»¹¹.

Convertir un reglamento consiste, pues, en darle una calificación jurídica que lo hace válido y distinta de la que le dio su autor, según la cual era inválido.

2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES

A) La interpretación del reglamento conforme con el ordenamiento jurídico

El artículo 5^o.3 LOPJ recoge una manifestación de la regla según la cual no «debe declararse la nulidad de una ley cuando la misma pueda ser interpretada en consonancia con la constitución»¹²; dicho de otro modo que estimamos más correcto: deben escogerse los significados de una norma

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., p. 490.

⁸ El término alemán con el que se designa a la conversión —*Umdeutung*— es mucho más revelador que su equivalente español acerca de la naturaleza de esta figura, pues el verbo *umdeuten* significa «dar otro sentido o una nueva interpretación a» algo (SLABY, GROSSMANN, ILLIG, *Diccionario de las lenguas española y alemana*, 1994).

⁹ Kelsen, *Teoría...*, cit., p. 16, advierte que el hombre «enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del Derecho, pero no es necesario que coincidan».

¹⁰ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1887, t. III, p. 254, n. 15.

¹¹ LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA Y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 1990, vol. 2^o, p. 395.

¹² HESSE, *Grundzüge...*, cit., pp. 30 y ss.

compatibles con la Constitución y excluirse los contrarios a la misma cuando aquella sea susceptible de diversas interpretaciones¹³.

Esta regla no sólo es predicable de las leyes en su relación con la Constitución, sino también de cualquier norma respecto de su conformidad con la totalidad del ordenamiento jurídico. De hecho, el Tribunal Supremo ha dictado en alguna ocasión lo que los constitucionalistas llaman sentencias interpretativas¹⁴, que declaran la validez de un reglamento, acogiendo para ello una interpretación del mismo ajustada a Derecho y excluyendo otra que lo hace ilegal¹⁵.

Parte de la doctrina española, por influencia de la alemana¹⁶, llama a esta regla principio de interpretación de las leyes o de las normas conforme con la Constitución, y ve el fundamento de la misma en la «unidad del ordenamiento jurídico»¹⁷. Explicación que no convence, pues tanto la anulación de una norma como su interpretación conforme con la Constitución restituyen la unidad del ordenamiento, la ausencia de contradicciones entre sus componentes¹⁸.

En cambio, nuestro Tribunal Constitucional suele aludir al principio de conservación de la norma cuando trata de averiguar si cabe una interpretación de la misma conforme con la Constitución¹⁹. También algunos autores parecen identificar ambos principios²⁰. Otros han intuido certeramente que aquella regla es una manifestación del principio de conservación²¹. Y es que,

¹³ DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 79.

¹⁴ RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., pp. 30 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios...*, cit., pp. 130 y ss.; DÍAZ REVORIO, «Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, 2000, pp. 15-40; STC 176/1999, de 30 de septiembre.

¹⁵ Vid. las SSTs de 16-5-1983 (Ar. 3325) y 6-11-1986 (Ar. 7816), citadas por SANTAMARÍA PASTOR, «El reglamento...», cit., p. 101, las de 9-10-1979 (Ar. 3403) y 24-1-2000 (Ar. 1860) y las SSTs de 12-12-2000 (Ar. 552) y 31-1-2001 (Ar. 1083).

¹⁶ Vid., por todos, HESSE, *Grundzüge...*, cit., pp. 30 y ss.

¹⁷ Vid., entre otros, DE OTTO, *Derecho...*, cit., pp. 79 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, cit., pp. 95 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 482.

¹⁸ SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., pp. 99 y ss.

¹⁹ Vid., por ejemplo, las SSTC 22/1985, de 15 de febrero (FJ 5), 155/1987, de 14 de octubre (FJ 4) y 105/1988, de 8 de junio (FJ 3). Aunque, como señala URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión...*, cit., p. 52, el TC «nunca ha parecido preocupado por la cuestión de justificar la existencia misma del principio de conservación de la norma».

²⁰ URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión...*, cit., pp. 53 y ss. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 984 y 985, llama a esta regla «principio de conservación de la ley», y lo relaciona con el principio de conservación de los actos administrativos, aunque luego también ve el fundamento de la misma en el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

²¹ HOPPE, «Der Rechtsgrundsatz...», cit., pp. 16 y ss., y los autores allí citados; HOPPE señala que en el Libro 33 del Digesto de Celso ya podía leerse: «*In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vicio caret*».

si un acto admite diversas interpretaciones, lo ajustado a dicho principio es que se seleccione aquella que haga que el acto sea valioso para el Derecho — válido — y no aquella otra que lo convierte en algo carente de valor — inválido — y que debe eliminarse. Podemos anticipar que el fundamento de la conversión de los actos jurídicos y el de esta técnica interpretativa es el mismo²².

La diferencia fundamental que hay entre ambas es que la conversión tiene lugar en el plano de la calificación o determinación del tipo, clase o categoría legal del acto, y la «interpretación conforme con el ordenamiento», en el de la interpretación o determinación del sentido de los efectos jurídicos creados por dicho acto. Diferencia escasa, por cuanto la calificación de un acto jurídico no es sino una de las «tareas atribuidas a la interpretación» del mismo²³.

De hecho, los problemas que plantean estas dos figuras son muy similares²⁴. HESSE, cuando habla de los límites de aquella interpretación, dice que la conservación de las normas emanadas por el legislador democrático «se produce a costa de un cambio de significado del contenido de la ley»²⁵. El respeto al legislador puede quedar anulado «cuando el contenido que, a través de la interpretación conforme con la Constitución, el Tribunal da a la ley, contiene no ya un *minus*, sino un *aliud* frente al contenido original de la ley. En este caso, el Tribunal interfiere las competencias del legislador con más intensidad incluso que en el supuesto de la declaración de nulidad, puesto que es él mismo quien conforma positivamente, mientras que, en el caso de la declaración de nulidad, la nueva conformación sigue siendo asunto del legislador»²⁶. Y estima que no cabe hacer uso de esta regla interpretativa en contra del tenor literal de la ley o del objetivo perseguido por el legislador²⁷. No sólo la terminología empleada por este autor para referirse a los límites de esta técnica interpretativa recuerda a la utilizada por la doctrina para señalar cuales deben ser los límites de la conversión de los actos jurídicos²⁸. El legislador alemán exige para convertir un acto administrativo en otro que

ambos se dirijan al mismo objetivo o fin, y que el acto resultante de la conversión no vaya en contra del propósito evidente de la autoridad que lo dictó²⁹.

B) La anulación de un reglamento inválido y la emisión de otro válido con eficacia jurídica retroactiva

No hay que confundir la conversión con la emisión de un acto que anula los efectos jurídicos inválidos queridos por un acto anterior y los sustituye por otros distintos con carácter retroactivo. Algunos autores consideran que la conversión de los actos administrativos no opera *ex lege*, sino que es necesario que la Administración convierta al acto inválido en otro distinto³⁰. Si se entiende que sólo a la Administración le corresponde esta facultad y que, mientras tanto, los Tribunales están obligados a calificar al acto como lo hizo su autor, habrá de aceptarse que la conversión sólo puede realizarse a través de una declaración de voluntad administrativa³¹. Antes de esta declaración un acto produce determinados efectos jurídicos —v. gr., nombramiento en propiedad de una persona para un puesto de funcionario— y después de la misma produce otros —nombramiento interino para ese mismo puesto—. Habrá de admitirse que aquí se ha dictado un acto administrativo que ha destruido ciertos efectos jurídicos y creado otros nuevos³². La conversión de un acto administrativo consiste en otro acto de la misma especie que destruye los efectos jurídicos del primero y los sustituye por otros distintos. De acuerdo con esta tesis, resulta imposible distinguir entre la conversión, de una parte, y la anulación de un acto y emisión de otro diferente con eficacia retroactiva, de otra, como así acaba por reconocerlo alguno de sus partidarios³³.

²⁹ Vid. los aps. 1 y 2 del § 47 VwVfG.

³⁰ BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 530 y 531; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 488; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1634; LÜDEMANN y WINDTHORST, «Die Umdeutung von Verwaltungsakten im Verwaltungsprozeß», *NVwZ*, 1994, pp. 245 y ss., «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *BayVBl*, 1995, pp. 359 y ss.; SCHENKE, «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *DVBl*, 1987, pp. 645 y ss. Según ESCRIBANO COLLADO, «Sobre la conversión de los actos administrativos», *RAndAP*, 34, 1999, p. 52, la conversión no opera *ope legis*, pero también puede ser «acordada judicialmente».

³¹ En este sentido, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 531.

³² GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Régimen...*, cit., t. I, p. 1633, dice que «quizá, no sea muy apropiado hablar de conversión, de transformación», puesto que aquí «desaparece el acto inválido, ..., y nace otro nuevo». En cambio, según BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 530, «no se destruye un acto y se crea otro, sino que se convierte o transforma en otro tipo de acto administrativo».

³³ SCHENKE, «Die Umdeutung...», cit., pp. 645 y ss. Vid. los estériles intentos de distinción de LÜDEMANN y WINDTHORST, «Die Umdeutung...», *BayVBl*, cit., p. 360.

²² WEYREUTHER, «Zur richterlichen Umdeutung von Verwaltungsakten», *DÖV*, 1985, p. 131, considera que esta técnica interpretativa, que todavía puede utilizarse cuando las restantes conducirían a la nulidad de la ley, no es ya interpretación, sino *Umdeutung*.

²³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., pp. 75 y 76.

²⁴ En el mismo sentido, WEYREUTHER, «Zur richterlichen...», cit., p. 134.

²⁵ HESSE, *Grundzüge...*, cit., p. 32, que emplea aquí el término *Umdeutung* (conversión).

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ *Ibidem*, pp. 31.

²⁸ Sobre la tesis que considera que la conversión es un supuesto de «reducción del negocio» y que el negocio resultante de la misma es un *minus* y no un *aliud* respecto del negocio inválido, vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio...*, cit., p. 489; DIEZ SOTO, *La conversión del contrato nulo. Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español*, 1994, pp. 71 y ss.

Esta tesis, que no ha sido acogida por el Tribunal Supremo³⁴, nos parece incorrecta. Que la conversión de un acto administrativo, de un lado, y su anulación y sustitución por uno distinto con efectos jurídicos retroactivos, de otro lado, son figuras diferentes ya se deduce del texto de la LPC, que las regula en lugares distintos (arts. 65 y 57.3, respectivamente). El artículo 65 resultaría superfluo si fueran lo mismo. Además, del tenor literal de este precepto se desprende claramente que la llamada conversión tiene lugar *ope legis*, que no hace falta que la Administración dicte un acto para que se entienda producida. Cabe añadir que la tesis que se critica conduce a resultados insatisfactorios cuando la conversión produce efectos favorables al interesado, ya que entonces quedaría en manos de la Administración desentenderse de los mismos³⁵.

En verdad, la conversión tiene lugar *ope legis* por definición. La conversión de un acto consiste en calificarlo jurídicamente de cierta manera. La conversión entra, pues, dentro de las tareas a realizar para determinar el significado jurídico de un acto. Y la calificación de los actos administrativos es una tarea que no le corresponde en exclusiva a la Administración, sino que también entra dentro de la competencia de los Tribunales cuando tienen que juzgarlos. Con razón afirman algunos autores que la facultad de los Tribunales para convertir dichos actos descansa en la esencia misma de la potestad jurisdiccional, de decir lo que es el Derecho³⁶.

3. FUNDAMENTO

La conversión de los actos —también la de los reglamentos— es otra de las manifestaciones del principio de conservación³⁷. BELADIEZ ROJO defiende esta tesis porque considera que aquí se conservan los elementos existentes de un acto inválido para, haciendo con ellos uno distinto, salvar el fin propuesto y los efectos que se pretendían con aquél, que es justo el valor jurídico que el principio de conservación trata de salvaguardar³⁸.

Según lo vemos nosotros, si un acto jurídico es susceptible de varias calificaciones, resulta lógico que en virtud del principio de conservación deba escogerse aquella que determine su validez, porque entonces el acto así calificado es valioso para el Derecho, y no aquella otra según la cual es inválido; y ello aunque el autor del acto le haya otorgado esta última

Hay quien sostiene que esta figura encuentra su fundamento en el principio de economía jurídica, «porque la conversión, cuando se conecta con el famoso principio [de conservación] es sólo esto: conservación de restos del acto anterior que ha muerto para con ellos hacer otro acto distinto»³⁹. Dos observaciones merecen estas palabras. En primer lugar, aquí se aprecia con claridad la insuficiencia de las aproximaciones metafóricas para comprender la conversión. Ni se aprovechan los restos de un acto que ha muerto, ni se construye una «balsa con los restos del barco que ha naufragado»⁴⁰, sino que se le da a un acto jurídico cierta calificación no coincidente con la otorgada por su autor. En segundo lugar, la conversión produce un beneficioso efecto económico del mismo modo que otras manifestaciones del principio de conservación. Pero este efecto se produce porque se conserva algo que es válido, capaz de cumplir todas las finalidades que el Derecho le marca. El ahorro de recursos y esfuerzos no es fundamento o causa de la conversión, sino consecuencia o efecto de la misma. Además, las ventajas de la conversión no son sólo económicas, ya que esta figura permite que los efectos jurídicos del acto convertido se produzcan a partir de la fecha en que se dictó⁴¹, lo que resulta del todo lógico, ya que el acto calificado de aquella manera es válido desde un principio.

4. TIPOS

La doctrina civilista distingue la conversión que obedece a un expreso mandato de la ley, a la que llama conversión legal, y aquella que supone un cambio del tipo del negocio para salvar la validez del mismo efectuada sin mandato expreso o concreto legal, que denomina conversión genuina o conversión en sentido estricto⁴².

Un ejemplo de conversión legal de un reglamento es el previsto en el artículo 11.3 de la Ley General Tributaria, que establece que los preceptos de ciertos decretos legislativos «tendrán la fuerza de meras disposiciones admi-

³⁴ Vid. las SSTs de 11-9-1991 (Ar. 6593), 15-1-1992 (Ar. 599) y 22-4-1999 (Ar. 4179). En la STS de 9-10-1998 (Ar. 8265) se convierte un contrato celebrado entre dos entes locales.

³⁵ LAUBINGER, «Die Umdeutung...», cit., p. 348.

³⁶ Vid. WEYREUTHER, «Zur richterlichen...», cit., pp. 127 y ss., al que en este punto sigue LAUBINGER, «Die Umdeutung...», cit., p. 351. En sentido similar, KOPP y RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, cit., § 47, m. 8.

³⁷ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., pp. 309 y ss.; ENTRENA CUESTA, *Curso...*, cit., t. I, p. 227; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 637; MORELL OCAÑA, *Curso...*, cit., t. II, pp. 373 y 374; HOPPE y HENKE, «Der Grundsatz...», cit., p. 1408; MAURER, *Allgemeines...*, cit., § 10, m. 44.

³⁸ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 311.

³⁹ GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 485.

⁴⁰ Como dice GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 485.

⁴¹ En este sentido, BOQUERA OLIVER, *Derecho...*, cit., p. 531; LAVILLA RUBIRA, «Nulidad...», cit., p. 517; LAUBINGER, «Die Umdeutung...», cit., pp. 216 y 217; WEYREUTHER, «Zur richterlichen...», cit., p. 126.

⁴² DE CASTRO y BRAVO, *El negocio...*, cit., p. 487.

nistrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o ésta hubiera caducado por transcurso de plazo o hubiera sido revocada». Aquí tenemos que una norma emanada del Gobierno, y denominada por éste decreto legislativo, no es válida de acuerdo con dicha calificación. En cambio, si se la incluye en la categoría disposición reglamentaria, sin fuerza de ley, puede, en principio, ser considerada válida. La ley ordena expresamente la conversión de un decreto legislativo en una simple disposición reglamentaria para salvar la validez de la misma.

Este precepto ha generado cierta polémica doctrinal. En general, se reconoce que ha jugado un papel positivo, al servir de base para que los Tribunales ordinarios enjuiciaran los decretos legislativos como si de reglamentos se tratara en cuanto excedían de los límites marcados por la ley de delegación⁴³. Sin embargo, destacados tributaristas estiman que la sanción para los decretos legislativos que exceden de aquellos límites debe ser la nulidad y no la «degradación normativa»⁴⁴. Dicho de otra forma, no cabe la conversión de un decreto legislativo *ultra vires* en una disposición reglamentaria. La verdad es que no les faltan buenas razones a estos autores, puesto que los decretos legislativos a los que se refiere el artículo 11.3 citado regulan materias reservadas a la ley⁴⁵, y los reglamentos que invaden esta reserva son nulos (art. 62.2 LPC). Es cierto que la Administración puede regular ciertos aspectos de estas materias, pero para ello la ley tiene que haberle otorgado previamente este poder, debe haber tenido lugar una remisión, que, además, debe ser justificada y está sujeta a ciertos límites⁴⁶. Pues bien, difícilmente el exceso del decreto legislativo respecto de la ley de delegación contará con la necesaria cobertura legal.

Las consideraciones que se acaban de hacer no quitan que un decreto legislativo inválido —v. gr., dictado fuera del plazo marcado por la ley de delegación o que regula materias no contempladas en la misma— distinto de aquellos mencionados en el artículo 11.3 de la Ley General Tributaria pueda ser calificado como una disposición reglamentaria válida si reúne los requisitos necesarios para ello: básicamente, haber sido elaborado con observancia del procedimiento legalmente establecido, no contradecir ninguna norma de superior jerarquía y no infringir la reserva de ley. Algunos autores admiten esta posibilidad⁴⁷, lo mismo que el Consejo de Estado⁴⁸, mientras que otro

sector de la doctrina niega de modo absoluto que en algún caso pueda producirse dicha conversión⁴⁹, aduciendo varios argumentos que podrían resumirse en dos:

Según GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, esta conversión presupone «la existencia de una potestad reglamentaria que no necesita invocar una habilitación específica, o, más precisamente, en la que tal invocación resulta irrelevante. Mas el Gobierno no puede producir un reglamento en materia alguna sin tener en cuenta la habilitación concreta a la que acude»⁵⁰. Esta opinión es discutible, pues la Administración, cuando dicta un reglamento, no está obligada a citar o indicar la norma que le habilita para ello. Además, resulta del todo incorrecto equiparar la falta de habilitación para dictar disposiciones generales con el error de la Administración en la invocación de la norma legal que permite dictar tales disposiciones. Si un órgano administrativo dicta un reglamento en ejercicio de la potestad que le confiere cierta ley y, en vez de esa ley, invoca la Constitución como fundamento de tal potestad, no incurre por esta sola circunstancia en un vicio de incompetencia, ni tampoco en una arbitrariedad.

Se ha esgrimido la inseguridad jurídica que provoca la circunstancia de que una norma que aparentemente es un decreto legislativo —que se ha publicado como tal— deba ser considerada como un simple reglamento⁵¹. Esto lo reconocen, incluso, los autores que defienden la tesis de la «degradación normativa»⁵². Sin embargo, ello no constituye motivo suficiente para negar la posibilidad de que en determinadas ocasiones pueda otorgarse validez, en calidad de reglamento, a la norma dictada por el Gobierno, ya que cabe remediar esa inseguridad a través de otros mecanismos, como veremos posteriormente⁵³.

Lo cierto es que la jurisprudencia ha admitido en alguna ocasión la validez de una norma administrativa así «degradada». Es el caso del Real Decreto Legislativo 781/1986, que, excediéndose de la delegación contenida en la Ley

de los decretos legislativos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, 1991, t. I, pp. 412, 419 y 420; GARRIDO FALLA, «La fiscalización de los decretos legislativos por la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *RAP*, 60, 1969, p. 116.

⁴⁸ Vid. el DCE de 24-11-1988 (RDL 6).

⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos», *PJ*, 24, 1991, pp. 23 y ss.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles...*, cit., pp. 162 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., pp. 679 y ss.

⁵⁰ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles...*, cit., p. 165.

⁵¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Los controles...*, cit., p. 164; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos...*, cit., p. 681.

⁵² GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones...», cit., p. 419; GARRIDO FALLA, «La fiscalización...», cit., p. 116.

⁵³ Vid. *infra*, XI.6.

⁴³ FALCÓN Y TELLA, R., «La ley...», cit., pp. 232 y 233. También advierte esta circunstancia, aunque critica esta jurisprudencia, GIL ROBLES, «El control de legalidad de las normas con valor de ley», *REDA*, 3, 1974, pp. 398 y ss.

⁴⁴ FALCÓN Y TELLA, R., «La ley...», cit., pp. 232 y 234, n. 60, y la bibliografía allí citada. Vid. los arts. 11.1 y 10 LGT.

⁴⁵ Vid. BAÑO LEÓN, *Los límites...*, cit., pp. 27 y ss. y 101 y ss.

⁴⁷ Vid., entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., t. I, p. 257; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional

7/1985⁵⁴, «dio una nueva redacción» a una norma legal⁵⁵ que ya había sido derogada de manera expresa precisamente por la Ley 7/1985⁵⁶. La STS de 29 de septiembre de 1995 (Ar. 6816) considera que «en cuanto actuó dicho Real Decreto Legislativo *ultra vires* de la delegación no tiene rango de ley,..., en cuanto mantiene una Ley derogada,..., no tiene otra fuerza y eficacia que la de mero Real Decreto, y como tal es susceptible de ser derogado por otro Real Decreto posterior» [el impugnado en el pleito]. Y añade que «con ese valor reglamentario y con carácter temporal,..., es explicable que se acudiera al contenido material de aquella Ley» de 1960⁵⁷.

En cualquier caso, cabe pensar en otros supuestos de conversión genuina de normas jurídicas, en general, y de disposiciones administrativas, en particular. El Tribunal Constitucional ha convertido diversos preceptos reglamentarios dictados por el Gobierno como básicos o de aplicación directa en normas de carácter supletorio respecto del Derecho de las Comunidades Autónomas⁵⁸. La STS de 2 de marzo de 1988 (Ar. 1774) declaró que una norma calificada por su autor como plan parcial debía ser considerada un estudio de detalle. La STS de 12 de junio de 1989 (Ar. 4656) convirtió la anulación de un reglamento inválida —por haberse omitido el dictamen del Consejo de Estado— en una derogación del mismo que operaba «pro futuro y sin la eficacia retroactiva propia de la declaración de nulidad». Además, una ley orgánica inválida podría convertirse en una ley ordinaria⁵⁹. Cabría también la conversión de un reglamento en un «acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración, por medio del cual los órganos superiores dirigen con carácter general la actividad de los inferiores»⁶⁰. Y una norma

⁵⁴ Vid. la disp. final 1ª LBRL.

⁵⁵ La disp. final del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (RDLeg 781/1986, de 18 de abril) reza: «La Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local [MUNPAL], queda redactada en los siguientes términos».

⁵⁶ Vid. el ap. d) de la disp. derogatoria de la LBRL.

⁵⁷ No obstante, la tesis contraria a la «degradación» hubiese conducido a la misma solución del caso, pues el reglamento impugnado contaba con la habilitación de diversas leyes para derogar la regulación del MUNPAL contenida en el RDLeg 781/1986.

⁵⁸ Vid. las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, 102/1995, de 26 de junio, 118/1998, de 4 de junio, y 275/2000, de 16 de noviembre. En sentido similar, en relación con diversos preceptos legales, vid. las SSTC 49/1988, de 22 de marzo, y 50/1999, de 6 de abril.

⁵⁹ BIGLINO CAMPOS, *Los vicios...*, cit., p. 146. La STC 26/1987, de 27 de febrero, declaró que ciertos preceptos de la Ley Orgánica 11/1983 no tenían carácter orgánico.

⁶⁰ STC 27/1983, de 20 de abril (FJ 4): «Como si calificásemos la Circular como norma sería una norma,..., que la Generalidad no es competente para dictar, es obvio,..., que la solución procedente es la de calificarla como acto de carácter jerárquico con valor meramente interno, de competencia de la Generalidad». Hay que advertir que aquí no

dictada por el Consejo de Ministros cuando la ley otorgaba la competencia para dictarla a un Ministro podría ser calificada como una orden ministerial⁶¹.

5. REQUISITOS

A) *Invalidez del reglamento tal como ha sido calificado por la Administración*

Sólo puede convertirse aquella disposición general que es inválida de acuerdo con la calificación que su autora, la Administración, le ha dado. El que la disposición sea nula o anulable es, por tanto, irrelevante; lo que importa es que sea inválida⁶².

Puede suceder que una disposición inválida adquiera validez, que se convalide. En este caso, no procede su conversión, porque si una disposición es susceptible de dos calificaciones, y las dos hacen a ésta válida, resulta razonable preferir la que escogió su autor y no la otra⁶³. La convalidación de un acto excluye su conversión. Dicho de otra manera, lo decisivo a la hora de convertir un reglamento es averiguar si, en el momento de calificarlo, éste es inválido con arreglo a la calificación que le otorgó la Administración. Que lo fuese o no anteriormente resulta irrelevante.

B) *Validez del reglamento de acuerdo con una calificación que no es la que le ha dado la Administración*

Para ser convertido, el reglamento ha de ser susceptible de una calificación que lo haga válido y que no es la que le dio la Administración al dictarlo. A ello se refiere el artículo 65 LPC cuando exige que el acto nulo o anulable debe contener los elementos constitutivos de otro distinto. El reglamento así calificado debe estar limpio de vicios de incompetencia, contenido, forma, procedimiento, voluntad, motivos o desviación de poder que produzcan su invalidez. Así, por ejemplo, un decreto legislativo no podrá ser convertido en

se produjo una verdadera conversión, pues dicha Circular en ningún momento fue calificada por su autor como «norma».

⁶¹ Las SSTs de 21-9-1993 (Ar. 6539) y 6-5-1992 (Ar. 4134), entre otras, estiman válido un acto adoptado por la Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento en la cual estaba integrado el Alcalde, que era en realidad el órgano competente para emanarlo.

⁶² Donde el art. 65 LPC habla de «los actos nulos o anulables», el art. 51 LPA lo hacía de «los actos nulos». El § 47 VwVfG alude a los actos «viciados» y la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia alemanas entienden que cabe la conversión tanto de los nulos como de los anulables. Vid., por todos, LAUBINGER, «Die Umdeutung...», cit., pp. 356 y ss.; SCHENKE, «Die Umdeutung...», cit., pp. 644 y ss.

⁶³ En sentido parecido, vid. la STC 27/1983, de 20 de abril (FJ 4).

un simple reglamento si éste infringe la reserva de ley, contradice normas de rango legal o se ha dictado sin observar los trámites requeridos para su elaboración, etc. Las dudas se suscitan en relación con los vicios de desviación de poder y los relativos a los motivos del reglamento.

Un acto administrativo sólo puede ser convertido en otro si ambos persiguen la misma finalidad, puesto que de otro modo el segundo de ellos incurriría en desviación de poder⁶⁴. Habrá que comprobar que la finalidad con la que fue dictado el reglamento inválido coincide con la fijada para emitir el reglamento convertido. Lo normal tratándose de disposiciones administrativas es que tanto la inválida como la que resulta de la conversión hayan perseguido ambas la misma finalidad: satisfacer determinados intereses públicos a través de una regulación de carácter abstracto y general.

Cabría dudar de la admisibilidad en nuestro Derecho de la conversión de los reglamentos, pues esta figura supone dar por válida a una norma cuyo autor, al dictarla, creía estar emanando una norma distinta. Y ya sabemos que la Administración debe emitir sus disposiciones reglamentarias movida por apreciaciones exactas de la realidad y que la infracción de este deber determina, en principio, la invalidez de la correspondiente disposición. Sin embargo, no toda apreciación inexacta de los hechos realizada por la Administración en el proceso de elaboración de un acto determina un vicio en los motivos del mismo, sino que la inexactitud ha de venir referida a los hechos relevantes para adoptar la decisión. Lo que habrá que comprobar en cada caso es si la Administración apreció correctamente al dictar la disposición inválida todos los hechos relevantes para adoptar el reglamento que resulta de la conversión⁶⁵. Lo normal es que esto suceda en los supuestos citados de conversión de disposiciones reglamentarias, pues el reglamento inválido y el válido que resulta de la conversión suelen contener la misma regulación o efectos jurídicos, si bien la calidad de dichos efectos es distinta —v. gr., carácter básico del primero, carácter supletorio del segundo—.

6. LA PUBLICIDAD DE LA CONVERSIÓN

Existe el peligro de que la conversión de un reglamento en otro distinto genere inseguridad jurídica, debido a que una norma que aparentemente es de cierto tipo, que ha sido denominada y publicada como tal, ha de ser

⁶⁴ BELADIEZ ROJO, *Validez...*, cit., p. 314. En el Derecho alemán, esta exigencia ha sido recogida expresamente por el § 47.1 VwVfG.

⁶⁵ Como señala LAUBINGER, «Die Umdeutung...», cit., p. 365, una decisión discrecional puede convertirse en otra discrecional cuando la Administración haya llevado a cabo al adoptar la primera todas las consideraciones que debería haber realizado para dictar la segunda.

calificada como perteneciente a otra categoría legal y, por tanto, debe producir efectos jurídicos distintos de los propios de aquella norma aparente. Que la «degradación» de un decreto legislativo en una disposición reglamentaria provoca inseguridad jurídica ha sido advertido no sólo por los autores contrarios a la admisión de esa conversión, sino también por los autores partidarios de la misma⁶⁶. Y nótese también que las consecuencias negativas que para este principio tiene la conversión de los actos administrativos es uno de los argumentos aducidos para defender que ésta no opera *ipso iure*, sino que hace falta un acto posterior de la Administración que convierta el correspondiente acto⁶⁷. Incluso algún autor que considera que la conversión tiene lugar *ipso iure* reconoce que razones de seguridad jurídica hacen deseable que se dice un acto administrativo que la declare producida⁶⁸.

Un remedio para acabar con esta incertidumbre sería, desde luego, que la Administración emitiera y publicara un nuevo reglamento de idéntico contenido al que resultaba de la conversión, pero no se trata de la única solución. Atribuir eficacia jurídica *erga omnes* y publicar la sentencia que califica correctamente la disposición administrativa también aclara la situación. Aquí se ofrece otra muestra de la similitud de los problemas que plantean la conversión de las normas jurídicas y la llamada interpretación de las mismas conforme con el ordenamiento jurídico. La certeza del Derecho también sufre cuando se declara la validez de una norma que, no obstante, es susceptible de alguna interpretación que la hace contraria al ordenamiento jurídico⁶⁹. Existe el riesgo de que esa norma sea aplicada posteriormente con ese significado antijurídico. Fundamentalmente por esta razón se considera que las sentencias «interpretativas» —que declaran la validez de una norma porque hay una o varias interpretaciones de la misma ajustadas a Derecho y rechazan aquella o aquellas interpretaciones que la harían inválida— tienen respecto de la interpretación rechazada los mismos efectos jurídicos *erga omnes* que cualquier sentencia anulatoria⁷⁰. SKOURIS sostiene que la «interpretación de las leyes conforme con la Constitución» no es otra cosa que un supuesto de invalidez o anulación parcial de la ley así interpretada⁷¹. Por su parte,

⁶⁶ *Vid. supra*, XI.4.

⁶⁷ *Vid.* SCHENKE, «Die Umdeutung...», cit., p. 647.

⁶⁸ *Vid.* CHINCHILLA, «Nulidad...», cit., p. 211.

⁶⁹ *Vid.* los votos particulares a las SSTC 50/1999, de 6 de abril, y 176/1999, de 30 de septiembre.

⁷⁰ *Vid.*, si bien con referencia a las leyes, BOCANEGRA SIERRA, *El valor...*, cit., pp. 250 y ss.; DE OTTO, *Derecho...*, cit., p. 286; DÍAZ REVORIO, «Interpretación...», cit., pp. 32 y ss. RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción...», cit., pp. 31 y ss., aduce en favor de esta tesis los arts. 161.1.a) CE y 40.2 LOTC.

⁷¹ SKOURIS, *Teilnichtigkeit...*, cit., pp. 90 y ss., esp. pp. 106 y ss., que habla de «nulidad parcial cualitativa»: se reduce el contenido de la ley sin que el enunciado de la misma quede afectado. En sentido similar, DÍAZ REVORIO, «Interpretación...», cit., pp. 24 y ss.

EZQUIAGA GANUZAS considera que estas sentencias interpretativas declaran la invalidez de algunos de los significados de los que es susceptible un cierto enunciado lingüístico o disposición⁷². En consecuencia, dichas sentencias deberían ser publicadas⁷³, a la vista de los mencionados efectos jurídicos generales que se les atribuye.

Algo parecido sucede con la conversión de una norma jurídica. Aquí lo que se hace es calificar a la norma de modo que ésta se ajuste a lo dispuesto por el ordenamiento y rechazar una calificación de la misma —la que le dio su autor— que la haría inválida. Siempre que dicha operación la lleve a cabo en vía principal el Tribunal competente para anular la norma enjuiciada, hay que entender que la calificación rechazada ha sido objeto de una anulación o declaración de validez con efectos jurídicos *erga omnes*: a partir de entonces, nadie puede tener por válida la norma enjuiciada tal como ha sido calificada por su autor. En la medida en que tales sentencias tienen carácter anulatorio, deben ser publicadas.

En buena lógica, sólo cabe atribuir alcance vinculante general a las sentencias interpretativas o a las que convierten una norma cuando el órgano que las dicta es competente para anular con efectos jurídicos *erga omnes* la norma interpretada o convertida y, además, la interpretación o conversión tienen lugar en vía principal y no meramente incidental⁷⁴. El problema es que no siempre existen los cauces procesales adecuados para llegar a una interpretación o a una conversión a la que pueda atribuírsele efectos jurídicos generales. Así, cuando de normas legales se trata, sólo procede plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando no le es posible al Juez o Tribunal ordinario encontrar una interpretación ajustada a la Constitución de la ley aplicable al caso concreto (art. 5º.3 LOPJ), aunque lo deseable desde el punto de vista de la certeza jurídica es que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto y anule con efectos *erga omnes* la interpretación inconstitucional de la ley y que, luego, se publique la sentencia «interpretativa»⁷⁵. Y el mismo

problema se suscita en relación con la cuestión de ilegalidad contra reglamentos. Paradójicamente, sólo cuando el órgano jurisdiccional *a quo* entienda erróneamente que no cabe una interpretación o una calificación de la ley o del reglamento conformes con el ordenamiento jurídico, planteará la correspondiente cuestión y se llegará a una «decisión judicial clara y única, de efectos generales»⁷⁶.

⁷² EZQUIAGA GANUZAS, *La producción...*, cit., pp. 254 y ss.

⁷³ SAINZ MORENO, «La publicidad...», cit., p. 144, pues «tal interpretación vinculante tiene valor normativo».

⁷⁴ Sin embargo, la STC 150/1997, de 29 de septiembre (FJ 4), dice que cierta STC dictada en un proceso de amparo «contiene una declaración dotada de plenos efectos frente a todos...», a tenor de la cual una determinada interpretación del art. 321.1 CP resulta contraria a la Constitución.

⁷⁵ En un trabajo titulado «Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo», cit., p. 114, RIVERO ORTEGA afirma que el TS, cuando «considere que un determinado precepto legal da lugar a varias interpretaciones, algunas de las cuales parecen difícilmente compatibles con algún precepto constitucional, debería consultar al TC sobre la correcta interpretación del mismo». Sobre los problemas que plantea el uso de esta técnica interpretativa por los Tribunales ordinarios, *vid.*

VOSSKUHL, «Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte», *AöR*, 125, 2000, pp. 177-201.

⁷⁶ En palabras del ap. V de la EM de la LJ.

XII. CONCLUSIONES

Primera. La regla según la cual todo vicio de una disposición general determina siempre su nulidad —dogma de la nulidad— se originó tanto en el Derecho español como en el alemán respecto de los vicios de incompetencia, contenido y falta de publicación, sin que todavía hubiera podido contrastarse su viabilidad en relación con los de procedimiento. Posteriormente, cuando aumentan los trámites que la Administración debe observar para dictar normas reglamentarias y comienza a plantearse a los Tribunales el problema de la validez de las elaboradas con defectos de procedimiento, se aprecia que sancionar estas ilegalidades siempre con la nulidad no se ajusta a las exigencias de los principios jurídicos de conservación, proporcionalidad y seguridad. La jurisprudencia en España y el legislador en Alemania, prácticamente sin apoyo doctrinal, se apartan del referido dogma para intentar satisfacer esas exigencias.

Segunda. Las disposiciones reglamentarias son actos jurídicos de las Administraciones públicas, pertenecen a la categoría de los actos jurídico-administrativos. Estas disposiciones se componen básicamente de dos elementos: el acto de voluntad que establece una determinada regulación jurídica y dicha regulación. Disposiciones reglamentarias y actos administrativos singulares se diferencian conceptualmente sólo por razón de su contenido: aquéllas contienen una regulación general y abstracta, duradera.

Tercera. La invalidez de una norma jurídica consiste en su no obligatoriedad. Que una disposición administrativa es inválida significa que la regulación que contiene no está respaldada por el ordenamiento jurídico; no hay un deber jurídico de hacer lo dispuesto en ella. La invalidez es algo distinto de la ilegalidad y de la ineficacia. Por ilegalidad de un reglamento hay que entender la disconformidad del mismo con el Derecho, con alguna o algunas de las reglas jurídicas a las que debía ajustarse. Por ineficacia del reglamento hay que entender el hecho de que éste no es aplicado u obedecido en la realidad.

Cuarta. La ilegalidad de un reglamento es condición necesaria, pero no suficiente, de su invalidez. Las normas reglamentarias ilegales son inválidas en la medida en la que el principio de legalidad exige esa sanción con mayor intensidad con la que otros principios generales del Derecho demandan su validez. Las exigencias en este sentido del principio de legalidad tienen mayor fuerza cuanto más grave es el correspondiente vicio.

Quinta. El principio de conservación justifica por sí solo la validez de un reglamento ilegal cuando éste cumple todas las finalidades que el Derecho le marca —incluidas las perseguidas por la norma vulnerada— y, por tanto, no lesiona ningún interés jurídicamente protegido. Cuando no se poseen suficientes elementos de juicio para constatar que un reglamento ilegal satisface efectivamente todas esas finalidades —v. gr., es el que mejor se ajusta a un determinado interés público— hay que presumir que no las cumple, pues el legislador establece una serie de reglas que han de observarse al dictar reglamentos porque considera que la probabilidad de que se alcancen aquellas finalidades es mayor si se respetan estas reglas que si no se respetan. Así, este principio fundamenta la validez de una disposición reglamentaria a pesar de haberse publicado un texto de la misma distinto del adoptado por el titular de la potestad reglamentaria, cuando este defecto no supone una alteración del sentido de la disposición emanada por dicho órgano. El principio de conservación también justifica la validez del reglamento dictado con infracción únicamente de las normas que regulan la participación de una persona en el procedimiento de elaboración del mismo cuando esa persona ni está obligada ni tampoco quiere participar en dicho procedimiento. Por ello resulta razonable considerar válido a ese reglamento mientras no sea impugnado por una persona a la que se le sustrajo ilegalmente la oportunidad de participar en el procedimiento.

Sexta. La seguridad jurídica puede justificar la validez de parte o de todo el contenido de un reglamento ilegal. Este principio pide con tanta mayor intensidad la validez de una disposición general ilegal cuanto mayor sea la apariencia de validez de ésta y mayores los sorpresivos perjuicios, medidos en términos cualitativos y cuantitativos, que a los destinatarios de esa disposición les produciría la invalidez de la misma. Dicha apariencia depende de la situación procesal del reglamento —la publicación oficial de la sentencia que lo anula borra cualquier apariencia de validez merecedora de protección—, es inversamente proporcional a la evidencia de sus vicios y directamente proporcional al grado de eficacia real alcanzada hasta entonces por el mismo.

Séptima. El principio de proporcionalidad justifica la validez, total o parcial, del contenido de un reglamento ilegal en dos supuestos. En primer lugar, cuando su invalidez suponga una lesión para los intereses jurídicamente protegidos por la ley infringida todavía mayor que la que represente su validez —es el caso de los reglamentos emanados una vez expirado el plazo marcado por la ley para ello, siempre que dicho plazo persiguiese exclusivamente regular lo más pronto posible una determinada materia—. En segundo lugar, cuando los perjuicios que a la seguridad o a otro valor jurídico cause la mencionada invalidez superen a los beneficios que esa solución representa para el principio de legalidad.

Octava. Un reglamento puede ser inválido sólo en parte de su dominio material, personal, territorial o temporal, bien porque únicamente esa parte está afectada por una ilegalidad, bien porque, a pesar de estar viciado por entero, algún principio jurídico justifica, si bien no su validez total, sí al menos su validez parcial, la validez de algunos de los efectos jurídicos por él establecidos. Así, es frecuente que la seguridad justifique la validez de parte de un reglamento ilegal, en atención a la apariencia de validez de la misma, a su eficacia en el terreno de los hechos, a la confianza legítima depositada en ella. Cualquier tipo de ilegalidad es susceptible de afectar a sólo una porción de una norma reglamentaria.

Novena. Las consecuencias jurídicas de la invalidez de un reglamento se resumen en las siguientes: éste no forma parte del ordenamiento jurídico, no lo innova; no constituye una regla de acuerdo con la cual juzgar la legalidad de actos y situaciones; nadie está obligado a observar sus mandatos; las autoridades públicas deben realizar las actividades necesarias para asegurar que el reglamento deviene de hecho ineficaz.

Décima. Como los reglamentos inválidos no modifican el ordenamiento, no derogan o hacen inaplicables a otras normas jurídicas. Así, pues, las que un reglamento inválido quiso derogar siguen siendo válidas. No obstante, la seguridad justifica en determinados casos la validez de un reglamento durante una porción del dominio temporal en el que éste pretendía obligar, de modo que, durante ese periodo de tiempo, las normas derogadas por el mismo no deben ser aplicadas. Además, la invalidez de una disposición reglamentaria no impide que su texto haya podido ser válidamente asumido como propio por otras normas jurídicas.

Undécima. Las situaciones y los actos nacidos al amparo de un reglamento inválido deben enjuiciarse como si éste no hubiese existido. Ahora bien, la seguridad pide en determinadas circunstancias la validez de los reglamentos ilegales y, por tanto, la de las situaciones jurídicas surgidas de su aplicación. La tensión entre este principio y el de legalidad, que pide lo contrario, se resolverá normalmente en la invalidez parcial del reglamento. Éste será válido sólo en parte del ámbito en el que pretendía tener validez, será válido únicamente respecto de ciertos actos y situaciones, que habrán de enjuiciarse de conformidad con lo dispuesto por el mismo. La extensión de la parte válida y, correlativamente, la de la parte inválida depende de la intensidad que en el caso concreto tengan los principios de legalidad y, fundamentalmente, de seguridad.

Duodécima. La invalidez de un reglamento no causa necesaria y automáticamente su ineficacia. Un reglamento inválido puede producir

efectos en el terreno de los hechos. Cabe la posibilidad de que las personas ajusten sus conductas a lo dispuesto por él. No obstante, el Derecho quiere que las normas inválidas sean ineficaces, que todos actúen real y efectivamente como si tales normas no existiesen. Ello se consigue a través de su inaplicación y anulación. Inaplicar un reglamento consiste en actuar prescindiendo de lo establecido en el mismo. La inaplicación tiene efectos jurídicos meramente *inter partes*, para el caso concreto. Tanto los poderes públicos como los ciudadanos pueden y deben inaplicar las normas reglamentarias inválidas. Únicamente las personas al servicio de las Administraciones públicas pueden estar obligadas, en virtud de un mandato jerárquico, a inaplicar un reglamento que consideren inválido.

Decimotercera. Anular una norma consiste en establecer con efectos jurídicos generales, abstractos y definitivos su invalidez. La anulación de un reglamento proporciona certeza sobre su invalidez y, por ello, tiende a evitar litigios en los que se discutiría ésta, así como a impedir que la Administración y/o los Tribunales se pronuncien contradictoriamente al respecto y que los afectados por el reglamento sufran desigualdades a causa de tales contradicciones. Además, asegura una tutela pronta y efectiva de los derechos e intereses legítimos amenazados por la posible aplicación futura de la disposición inválida. Estas finalidades se satisfacen óptimamente cuando la anulación se realiza a través de sentencia firme, pues ésta es, en principio, inatacable, goza del valor de la cosa juzgada. En cambio, cuando la anulación tiene lugar mediante un acto administrativo, no queda definitivamente resuelta la duda acerca de la invalidez de la norma anulada, ya que dicho acto es susceptible de ser impugnado y, en su caso, anulado. Aquellos valores y principios jurídicos piden que los reglamentos inválidos, especialmente, los que no dejarán de serlo por el mero transcurso del tiempo, sean anulados cuanto antes mediante sentencia firme. Ello justifica en determinados supuestos la anulación jurisdiccional de preceptos reglamentarios inválidos que no han sido impugnados por el actor. Ello justifica, *de lege ferenda*, no someter a plazo el llamado recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos. La certeza del Derecho, la igualdad y la economía procesal piden también que la sentencia que anula un reglamento se pronuncie expresamente sobre los efectos jurídicos del mismo que, en su caso, deben ser conservados.

Decimocuarta. La convalidación de un reglamento consiste en la adquisición de validez del mismo. Dicha convalidación, cualquiera que sea la causa que la determine —subsanción, intervención del legislador, falta de impugnación del reglamento dentro de un plazo—, evita los perjuicios que a la seguridad jurídica produciría la invalidez de la norma reglamentaria.

Decimoquinta. La subsanción de un reglamento consiste en la emisión de un nuevo reglamento de idéntico contenido —en sí mismo ajustado a Derecho— al del anterior. Para elaborar esta disposición pueden aprovecharse los trámites empleados en la emanación de la antigua que todavía pueden cumplir su finalidad.

Décimosesta. La convalidación legislativa de un reglamento consiste en que una norma con fuerza de ley modifica las normas con arreglo a las cuales ha de enjuiciarse la conformidad a Derecho del mismo, de modo que el reglamento, en virtud de esta alteración del ordenamiento jurídico, pasa a ser legal y, por lo tanto, válido.

Decimoséptima. Para que la convalidación de un reglamento producida por la subsanción o por la intervención del legislador sea total, resultará normalmente necesario que el reglamento subsanador o la ley convalidatoria tengan carácter retroactivo. A la hora de precisar la licitud de esa eficacia jurídica retroactiva, hay que tener en cuenta que si la disposición que se convalida gozaba de una cierta apariencia de validez dicha retroactividad no sólo no perjudica, sino que incluso puede favorecer a la seguridad jurídica.

Decimooctava. La convalidación de un reglamento por el transcurso de un cierto tiempo sin que nadie lo haya impugnado está justificada a partir del momento en el que los beneficios que ésta produce a la seguridad jurídica superan a los perjuicios que la misma representa para el principio de legalidad. Los vicios de nulidad, debido a su extraordinaria gravedad, impiden que el acto que los sufre se convalide por el solo hecho de que nadie lo haya impugnado dentro de un determinado plazo. Lo que es nulo, al contrario de lo que es anulable, no lo puede convalidar el mero paso del tiempo.

Decimonovena. Los vicios de contenido de una disposición reglamentaria siempre causan la nulidad de la misma debido a que suponen infracciones permanentes y duraderas del ordenamiento jurídico, cuya gravedad no disminuye con el paso del tiempo. La convalidación por el simple transcurso del tiempo de un reglamento cuyo contenido contradice una norma de superior jerarquía supondría nada menos que la invalidez sobreviniente de esta última norma. A partir de cierto momento, prevalecerían permanentemente los reglamentos sobre las leyes o la Constitución, por ejemplo. Dicha convalidación atentaría contra la jerarquía normativa y, además, no beneficiaría a la seguridad jurídica.

Vigésima. Para determinar cuáles de los vicios que afectan exclusivamente al acto de voluntad en que consiste un reglamento son causa de nulidad

y cuáles de anulabilidad, la jurisprudencia española utiliza prácticamente las mismas reglas establecidas por el legislador para «los actos de las Administraciones públicas»: los vicios que revisten una extraordinaria gravedad determinan la nulidad y los restantes, la anulabilidad. Aparte quedan las disposiciones no publicadas en el diario oficial correspondiente, que siguen un régimen jurídico de nulidad. Varias razones apoyan esta jurisprudencia. En primer lugar, la pertenencia de las normas reglamentarias a la categoría de los actos jurídico-administrativos. En segundo lugar, el que resoluciones administrativas singulares y reglamentos se diferencian conceptualmente únicamente por razón de su contenido y no por lo que se refiere al acto de voluntad en que consisten unas y otros. Por último, con el paso del tiempo, la seguridad pide cada vez con más intensidad que deba considerarse válido al reglamento afectado por vicios relativos a la declaración de voluntad, pues éstos no suelen menoscabar su apariencia de validez. En cambio, la gravedad de estos defectos, al consistir en infracciones puntuales y no permanentes del ordenamiento, va disminuyendo conforme avanza el tiempo, por lo que también mengua la fuerza con la que el principio de legalidad pide la invalidez de la norma que los padece.

Vigesimoprimera. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, un reglamento anulable adquiere validez si expira el plazo de dos meses establecido para recurrirlo directamente sin que nadie haya pretendido su anulación. La simple impugnación de un acto dictado al amparo del reglamento anulable no impide que éste se convalide por el mero transcurso del tiempo. La seguridad jurídica exige que dicha convalidación sólo pueda ser evitada mediante la iniciación de un proceso que discurra con las debidas garantías de publicidad y celeridad hacia la anulación del reglamento en cuestión.

Vigesimosegunda. La conversión de un reglamento consiste en otorgarle una calificación jurídica según la cual vale y distinta de aquella que le dio el autor del mismo, de acuerdo con la cual no valía. El principio de conservación justifica que, si un reglamento es susceptible de varias calificaciones, deba escogerse aquella que determine su validez y desecharse aquella otra que lo hace inválido, aunque el autor del reglamento le haya otorgado esta última. La certeza del Derecho pide que la resolución que convierte un reglamento tenga efectos jurídicos generales y se publique en el mismo lugar donde en su día lo fue la disposición convertida.

Final. Tanto de *lege data* como de *lege ferenda* hay que desechar el dogma de la nulidad de los reglamentos ilegales. Sancionar a estas normas siempre y en todo caso con su nulidad no constituye una respuesta justa y equilibrada a las necesidades que plantean hoy en día los principios jurídicos de seguri-

dad, conservación y proporcionalidad. Menos aún si se entiende la nulidad a la manera tradicional y se sostiene que los actos nulos son absolutamente inválidos e insusceptibles de convalidación. Para satisfacer tales necesidades, el Derecho ha de reaccionar, y reacciona, de diversas maneras según la incidencia que dichos principios y el de legalidad tengan sobre cada caso concreto: validez del reglamento, invalidez parcial, posibilidad de convalidarlo legislativamente o a través de la subsanación o por el mero transcurso del tiempo, conversión, nulidad.

La teoría de la invalidez de los reglamentos debe ajustarse a las exigencias de la realidad, y no viceversa. Tal vez lo ideal fuese, parafraseando a IHERING¹, que el ordenamiento jurídico constituyese una especie de cielo en el que sólo pudieran entrar las normas absolutamente libres de todo vicio. Pero la misión del Derecho es ordenar no el funcionamiento de un mundo ideal, sino la vida terrena de los hombres. Podría replicarse que el avance del Derecho por el camino de la justicia exige fijar metas ideales a las que aspirar. En este sentido, MAQUIAVELO aconsejaba «hacer como los buenos arqueros, que, conociendo la distancia con el blanco y la envergadura del arco, levantan la mira por encima del punto destinado, no para llegar con su flecha a tanta altura, sino para dar en el blanco con la ayuda de mira tan alta»². Sin embargo, y siguiendo con esta última metáfora, nada ganaremos si, aferrándonos al dogma de la nulidad, apuntamos tan arriba que perdemos de vista la realidad.

¹ Vid. IHERING, «En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía», *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, (trad. Banzhaf), 1987, pp. 215 y ss.

² MAQUIAVELO, *El príncipe*, (trad. Alcántara), 1983, cap. VI.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELEIN, Manfred, «Die Prüfung von Gesetzen durch die Verwaltung», *BayVBl*, 1967, pp. 145-150.
- ABELLA, Fermín, *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento ejecutivo en los asuntos de Hacienda*, Madrid, 1882.
- ACHTERBERG, Norbert, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller, Heidelberg, 1986.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *RDPol*, 24, 1987, pp. 9-30.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, «Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del Medio ambiente», *RDU*, 178, 2000, pp. 87-114.
- AGUILAR FERNÁNDEZ-HONTORIA, Jaime, «Veinticinco años de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias: un análisis prospectivo», *RAP*, 103, 1984, pp. 141-183.
- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1989, t. I, v. 2º.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, (trad. Seña), Gedisa, Barcelona, 1997.
- ALFARO, Santos, «Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de las demandas administrativas», *RGLJ*, 31, 1867, pp. 5-27, 199-225 y 245-287.
- ALMAGRO NOSETE, José y SAAVEDRA GALLO, Pablo, *Justicia constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano», *REDC*, 6, 1982, pp. 209-257.
- «El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución», *REDC*, 24, 1988, pp. 191-210.
- «La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales», *REDA*, 61, 1989, pp. 49 y ss.
- ALONSO GARCÍA, M.^a Consuelo, *La responsabilidad del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», *RAP*, 119, 1990, pp. 255-268.
- *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales autonómicos*, Civitas, Madrid, 1992.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, LOZANO, Blanca y PLAZA MARTÍN, Carmen, «El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora», *RAP*, 148, 1999, pp. 99-132.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luis M., «La constitucionalidad de las leyes de renta», *REDF*, 87, 1995, pp. 553-577.

- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a del Rosario, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.
- ALONSO MAS, M.^a José, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- «La modulación de la doctrina del acto consentido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDA*, 103, 1999, pp. 451-458.
 - «La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo», *CDPúbl*, 6, 1999, pp. 85-111.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «La declaración de nulidad de los actos administrativos con ocasión de su ejecución por la vía de apremio», *REDA*, 69, 1991, pp. 119-128.
- *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
 - «Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes», *RAP*, 147, 1998, pp. 307-336.
- ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino, *Manual de Derecho administrativo*, Librería General, Zaragoza, 1941.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ARNDT, Adolf, «Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze», *DÖV*, 1959, pp. 81-84.
- ARNDT, Hans W., «Echte Fortschritte bei der unechten Rückwirkung», *NJW*, 1998, pp. 1538-1539.
- AROZAMENA SIERRA, Jerónimo, «Comentario al Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106) (Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias)», *RAP*, 140, 1996, pp. 69-93.
- AUBY, Jean B., «Note de jurisprudence. Sur une validation législative», *RDPSP*, 1974, pp. 1498-1508.
- «La loi du 9 février 1994 et le contentieux de l'urbanisme», *RFDA*, 1995, pp. 25-42.
- BACHOF, Otto, «Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz», *AöR*, 87, 1962, pp. 1-48.
- BADURA, Peter, «Das Verwaltungsverfahren», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (dir. Erichsen), de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 415-519.
- *Staatsrecht*, Beck, München, 1996.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, «Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo», *RAP*, 48, 1965, pp. 107-126.
- «El control jurisdiccional de los reglamentos y la jurisprudencia postconstitucional», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. II, pp. 1353-1378.
- BAILLY, Marguerite, «L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983», *RDPSP*, 1985, pp. 1513-1556.

- BAÑO LEÓN, José M.^a, «El procedimiento de urgencia para la aprobación de las normas subsidiarias y su control por los Tribunales», *PJ*, 20, 1990, pp. 15-21.
- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.
 - «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 231-233.
 - *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BARNES, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *RAP*, 135, 1994, pp. 495-535.
- «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 15-49.
 - «Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 333-370.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «La reivindicación del proceso administrativo en la elaboración de los reglamentos», *RLL*, vol. 4, 1991, pp. 171-177.
- BASSOLS COMA, Martín, «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», *RAP*, 88, 1979, pp. 107-153.
- BASTRESS, Robert M., «El principio de la alternativa menos restrictiva en Derecho constitucional americano», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 239-254.
- BATTIS, Ulrich, «Grenzen der Einschränkung gerichtlicher Planungskontrolle», *DÖV*, 1981, pp. 433-438.
- *Baugesetzbuch*, (con Krautzberger y Löhr), Beck, München, 1996.
- BATTIS, Ulrich, KRAUTZERBERGER, Michael y LÖHR, Rolf P., «Die Neuregelungen des Baugesetzbuchs zum 1.1.1998», *NVwZ*, 1997, pp. 1145-1167.
- BAUMEISTER, Peter y RUTHIG, Josef, «Staatshaftung wegen Vollzugs nichtiger Normen», *JZ*, 1999, pp. 117-125.
- BECKMANN, Martin y KLEEFISCH, Andreas, «Nachteil oder Rechtsverletzung als Zulässigkeitsvoraussetzung in anhängigen Normenkontrollverfahren», *NVwZ*, 1997, pp. 1193-1195.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, «Una nueva concepción de las irregularidades no invalidantes en la doctrina del Tribunal Supremo», *REDA*, 57, 1988, pp. 93 y ss.
- «Nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación», *RAP*, 133, 1994, pp. 155-187.
 - *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
 - *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
 - «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión», *RAP*, 138, 1995, pp. 143-179.
- BENOIT, Francis P., *El derecho administrativo francés*, (trad. Gil Cremades), IEA, Madrid, 1977.
- BERG, Wilfried, «Alte und neue Fragen zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle», *DÖV*, 1981, pp. 889-898.

- BERKEMANN, Jörg, «Verwaltungsprozeßrecht auf neuen Wegen», *DVBZ*, 1998, pp. 446-461.
- BERMEJO LATRE, José L., «Confirmado el Plan de ordenación de los recursos naturales de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel», *RARAP*, 15, 1999, pp. 445-464.
- BERMEJO VERA, José, *La publicación de la norma jurídica*, IEA, Madrid, 1977.
- «La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *REDA*, 30, 1981, pp. 539-550.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992.
- BETTERMANN, Klaus A., «Die rechtsprechende Gewalt», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), Müller, Heidelberg, 1988, t. III, pp. 775 y ss.
- BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, (trad. de los Mozos), EDESA, Madrid, 1975.
- BIENVENU, Jean J., «Note de jurisprudence. Décision du Conseil Constitutionnel 85-192 du 24 juillet 1985», *AJDA*, 1985, pp. 485-488.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991.
- *La publicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1993.
- BLANQUER, David, *El control de los reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1998.
- BLASCO ESTEVE, Avelino, «Efectos de la Sentencia constitucional sobre la Ley del Suelo respecto de planes urbanísticos y sus actos de aplicación», *REALA*, 273, 1997, pp. 13-28.
- BLASCO SOTO, M.^a Carmen, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *REDC*, 41, 1994, pp. 35-62.
- «La constitucionalidad de la ley inconstitucional. (Comentario a la STC 159/1997, de 2 de octubre, resolutoria de un recurso de amparo)», *AJA*, 328, 1998, pp. 1-5.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, (trad. Ruiz Miguel), Fernando Torres editor, Valencia, 1980.
- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998.
- BOCANEGRA SIERRA, Raul, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982.
- «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pp. 509-536.
- BÖCKENFÖRDE, Christoph, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- BOECKER, Bernhard, «Heilung mangelhafter Bauleitpläne und Satzungen. Gedanken zu den neuen Vorschriften der §§ 155a bis c des Bundesbaugesetzes», *BauR*, 1979, pp. 361-372.

- BONK, Heinz J., «Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungs verfahrensbeschleunigungsgesetz», *NVwZ*, 1997, pp. 320-330.
- «§ 28», *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, (dirs. Stelkens, Bonk, Sachs), München, 1998, pp. 628-655.
- BOQUERA OLIVER, José M.^a, «La publicación de disposiciones generales», *RAP*, 31, 1960, pp. 57-93.
- «Los órganos titulares de poder reglamentario», *RAP*, 47, 1965, pp. 79-93.
- «Los límites del poder de Ordenanza», *REVL*, 160, 1968, pp. 497-517.
- «La aprobación de las ordenanzas municipales», *Principios Políticos de la Vida Local*, IEP, Madrid, 1969, t. IX, pp. 147-167.
- «La publicación de las ordenanzas locales», *REVL*, 166, 1970, pp. 233-246.
- «Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias», *Revista de Derecho Público*, 57, 1975, pp. 63-69.
- «La regulación de las Ordenanzas en el Estatuto Municipal de 1924», *Cincuentenario del Estatuto Municipal. Estudios conmemorativos*, IEAL, Madrid, 1975.
- «Invalidez e ilegalidad de los acuerdos locales», *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, pp. 131-144.
- «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los Reglamentos», *REDA*, 40-41, 1984, pp. 5-42.
- «La aproximación de la ley al reglamento», *Diez años de régimen constitucional*, Facultad de Derecho, Valencia, 1989, pp. 259-272.
- «Los componentes del plan de urbanismo», *RDU*, 127, 1992, pp. 255-274.
- *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 1993.
- *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.
- «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *RAP*, 149, 1999, pp. 23-36.
- BRACHER, Christian D., «Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens», *DVBZ*, 1997, pp. 534-538.
- BRAVO FERNÁNDEZ DE ARAOZ, Paloma, «La titularidad de la potestad reglamentaria», *PJ*, 1, 1986, pp. 101-107.
- BROHM, Winfried, «Sobre la aceleración de los procedimientos administrativos. ¿Una mayor disciplina o una consensuación de la acción administrativa?», *DA*, (trad. Nicolás Muñoz), 235-236, 1993, pp. 377-402.
- *Öffentliches Baurecht*, Beck, München, 1997.
- BRÜNING, Christoph, «Die Rückwirkung von Legislativakten», *NJW*, 1998, pp. 1525-1528.
- BULL, Hans P., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller, Heidelberg, 1997.
- CAAMAÑO, Francisco, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, Madrid, 1994.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, GÓMEZ MONTORO, Ángel J., MEDINA GUERRERO, Manuel y REQUEJO PAGÉS, Juan L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- CAAMAÑO ANIDO, Miguel A., «Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos», *REDF*, 92, 1996, pp. 750-774.
- CABALLERO Y MONTES, José M.^a, *Lo contencioso-administrativo*, Zaragoza, 1902, t. I.
- CABALLERO Y MONTES, Rafael, «La Beschleunigung o aceleración del procedimiento administrativo y del proceso contencioso en Alemania», *RAP*, 147, 1998, pp. 423-458.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio y GARCÍA DE COCA, J. A., «Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Tribunal Supremo», *REDA*, 73, 1972, pp. 89-100.
- CALVO CHARRO, María, «Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, 137, 1995, pp. 239-232.
- CALVO SOTELO, Leopoldo, *Derecho político y administrativo*, Reus, Madrid, 1927.
- CAMBY, Jean P., «Coups d'arrêt aux validations législatives: limites constitutionnelles ou limites jurisprudentielles?», *RDPS*, 1996, pp. 323-328.
- «Validations législatives: des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses», *RDPS*, 2000, pp. 611-616.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel, «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 235 y 236.
- CARACCILO LA GROTTERIA, Alfredo, *La ratifica degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1998.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, «La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional», *RAP*, 143, 1997, pp. 189-228.
- CARCASSONE, Guy, «Note de jurisprudence. Décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980», *AJDA*, 1980, pp. 602-604.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo, «Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo», *RDU*, 16, 1970, pp. 87-100.
- «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo», *RAP*, 65, 1971, pp. 99-139.
- CARRILLO DONAIRE, Juan A., «Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 98/34 CE», *RAndAP*, 37, 2000, pp. 127-150.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. y GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución», *RAP*, 87, 1978, pp. 161-204.
- CARRO MARTÍNEZ, Antonio, *La Constitución española de 1869*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952.
- CASES I PALLARÉS, Lluís, «La Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña y la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas», *Autonomías*, 12, 1990, pp. 241-261.
- *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- CASÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1987, t. I, vol 2º.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CATHALA, Thierry, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ, París, 1966.
- CHAPÚS, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 1996.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, *La revisión de oficio de los actos tributarios: nulidad y anulabilidad*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- *Reclamaciones y recursos administrativos*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- CHINCHILLA, Carmen, «La invalidez de los actos administrativos», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dirs. Santamaría Pastor y Parejo Alfonso), CEURA, Madrid, 1989, pp. 345-374.
- «Nulidad y anulabilidad», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (eds. Leguina Villa y Sánchez Morón), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 192-213.
- *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1999.
- CID MOLINÉ, José, «Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas», *RAP*, 140, 1996, pp. 131-172.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel, *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, 1998, Bosch, Barcelona, 1998.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel F., «El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local», *RGLJ*, Año XCIX, t. XXII, 1951, pp. 5-50.
- «¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?», *RAP*, 62, 1970, pp. 9-34.
- «La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos», *Estudios de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 175-183.
- CLIMENT BARBERÁ, Juan, «La inconstitucionalidad e ineficacia de las leyes y sus consecuencias», *Estudios en homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, t. I, pp. 221-277.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES-ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COCA VITA, Eduardo, «Primer acto de aplicación y otros obstáculos procesales rehabilitados», *RAP*, 93, 1980, pp. 191-198.
- COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, (trad. Mauri), Ariel, Barcelona, 1961.
- COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo*, Madrid, 1876.
- COLOM PASTOR, Bartomeu, «Legitimación corporativa y recurso directo contra reglamentos», *REDA*, 32, 1982, pp. 895-898.
- «Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional», *REDA*, 40-41, Madrid, 1984, pp. 239-248.

- «Las normas sobre los planes de urbanismo se deben publicar», *REDA*, 67, 1990, pp. 471-480.
- COMELLA DORDA, Rosa, *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente, «El procedimiento contencioso-administrativo», *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (dir. González Pérez), Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, pp. 61-97.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 142-144.
- *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1998.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.
- CUCHILLO FOIX, Montserrat, «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», *Administración pública y procedimiento administrativo*, (coord. Tornos Mas), Bosch, Barcelona, 1993, pp. 347-427.
- DAGEFÖRDE, Hans J., «Prinzipale und inzidente Kontrolle desselben Bebauungsplanes», *VerwArch*, 79, 1988, pp. 123-159.
- DE ARCEGUI, Isidro E., «Aportaciones a la teoría de los vicios del acto administrativo», *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid, 1972, t. I, pp. 435-451.
- DE ASÍS ROIG, Agustín E., «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», *REDA*, 59, 1988, pp. 455-469.
- «Anulación de planes: efectos ordenatorios y aplicativos», *RDU*, 113, 1989, pp. 31-70.
- «El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos. (En torno a las consecuencias de la anulación judicial del Decreto de 20 de diciembre de 1974)», *RAP*, 120, 1989, pp. 195-257.
- «Los efectos de la omisión del dictámen del Consejo de Estado», *PJ*, 16, 1989, pp. 9-62.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, 1949, (reimpr. Civitas, Madrid, 1984).
- *El negocio jurídico*, 1971, (reimpr. Civitas, Madrid, 1991).
- DE DIOS VIEITEZ, María V., «El dictámen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria?», *REDA*, 60, 1988, pp. 631-643.
- DE FARAMINÁN GILBERT, Juan M., «El control de la legalidad comunitaria: El recurso de nulidad y el recurso por omisión», *El Derecho comunitario y su aplicación Judicial*, (dirs. Rodríguez Iglesias y Liñán Noguerras), Civitas, Madrid, 1993, pp. 453-526.

- DE LA CRUZ, Juan, «Nulidad de reglamento por violación de los principios generales del derecho y omisión de la audiencia a los interesados», *REDA*, 52, 1986, pp. 607-615.
- «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 116, 1988, pp. 65-105.
- «Hacia la garantía jurisprudencial de la audiencia en la elaboración de reglamentos», *PJ*, 9, 1988, pp. 129-139.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa, «Algunas reflexiones sobre los problemas planteados por el art. 110 de la LJCA de 13 de julio de 1998», *CT*, 90, 1999, pp. 59-72.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «La STC Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados), una legislación retroactiva y, de nuevo, el principio de igualdad en entredicho», *RLI*, 2, 1989, pp. 1195-1207.
- *Sobre la cosa juzgada*, CEURA, Madrid, 1991.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, «La delegación legislativa en la Constitución», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pp. 327-405.
- «La revisión de los actos y disposiciones nulos y anulables y la revocación de actos», *DA*, 254-255, 1999, pp. 197-261.
- DE LA VALLINA VELARDE, José L., *La retroactividad del acto administrativo*, IEA, Madrid, 1964.
- DE OTTO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995.
- DE VICENTE DOMINGO, Ricardo, *El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DE VILLIERS, Michel, «Note de jurisprudence. Décisions du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 et 1 juillet 1980», *RA*, 1981, pp. 33-36.
- DE ZABALA, Alfredo, «Reglamentos e instrucciones», *RGLJ*, 64, 1884, pp. 103-111.
- DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.
- «Participación ciudadana y disposiciones generales», *CDJ*, XXXII, 1994, pp. 113-141.
- DESANTES GUANTER, José M^a, «La elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo», *DA*, 8-9, 1958, pp. 43-56.
- DI FABIO, Udo, «Sistema de las formas de actuación y la teoría de las consecuencias de las irregularidades», *DA*, (trad. Nieto König), 235-236, 1993, pp. 359-376.
- DÍAZ REBORIO, Javier F., «Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. (A propósito de la STC 176/1999, de 30 de septiembre)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, 2000, pp. 15-40.
- DÍAZ ROCA, Rafael, «La potestad reglamentaria en la Ley del Gobierno», *AJA*, 344, 1998, p. 1-4.
- DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Alberto, «Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia», *RAP*, 149, 1999, pp. 457-485.

- DÍEZ SOTO**, Carlos M., *La conversión del contrato nulo. Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 1994.
- DÍEZ-PICAZO**, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1987.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993, t. I.
- DÍEZ-PICAZO**, Luis M.^a, «La doctrina del precedente administrativo», *RAP*, 98, 1982, pp. 7-46.
- *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.
- *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991.
- «Anulación de las normas», *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, t. I, pp. 482-485.
- «Vigencia de las normas», *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, t. IV, pp. 6859-6860.
- «Validez de las normas», *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, t. IV, pp. 6790-6792.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ**, Ignacio, «Garantías procesales», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), EDESA, Madrid, 1996, t. III, pp. 19-123.
- DOLDE**, Klaus P., «Verwerfung nichtiger Bebauungspläne durch die Verwaltung», *BauR*, 1978, pp. 153-158.
- «Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1980», *NJW*, 1981, pp. 1929-1939.
- «Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1981», *NJW*, 1982, pp. 1785-1797.
- «Das Recht der Bauleitplanung 1984/85», *NJW*, 1986, pp. 815-826.
- «Die Heilungsvorschriften des BauGB für Bauleitpläne», *BauR*, 1990, pp. 1-14.
- «Novellierung des Baugesetzbuchs», *NVwZ*, 1996, pp. 209-215.
- DOLDE**, Klaus P. y **MENKE**, Rainard, «Das Recht der Bauleitplanung 1996 bis 1998», *NJW*, 1999, pp. 1070-1083.
- DOLDERER**, Michael, «Die neue eingeführte Ergänzung von Ermessenserwägungen im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 1999, pp. 104-110.
- DOMÉNECH PASCUAL**, Gabriel, «Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad», *La Ley*, 2000, t. 4, pp. 1529-1539.
- DORREGO DE CARLOS**, Alberto y **GUTIÉRREZ VICÉN**, Carlos, «Disposiciones y actos administrativos», *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Benigno Pendás García), Praxis, Barcelona, 1993, pp. 399-482.
- DOUENCE**, Jean C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, París, 1968.
- DUPUIS**, Georges, **GUÉDON**, Marie J. y **CHRÉTIEN**, Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin, París, 1998.
- DÜRR**, Hansjochen, «Die Veränderungen im Bauplansrecht durch §§ 1 bis 38 BauGB», *VBWB*, 1987, pp. 201-212.
- *Baugesetzbuch Kommentar*, Kohlhammer, Stuttgart, 1994.

- «Aktuelle Rechtsfragen des öffentlichen Baurechts», *DÖV*, 1997, pp. 845-855.
- DWORKIN**, Ronald, *Los derechos en serio*, (trad. Guastavino), Ariel, Barcelona, 1997.
- EMBIU IRUJO**, Antonio, «El tema de la publicación de las ordenanzas fiscales», *REDA*, 9, 1976, pp. 371-374.
- «Nulidad de reglamentos decretada por medio de un recurso indirecto. Las ordenanzas de exacciones y el recurso de apelación», *REDA*, 17, 1977, pp. 669-678.
- «La normativa municipal en el sistema de fuentes del Derecho», *RAP*, 84, 1977, pp. 203-263.
- *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1978.
- «Publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas y Reglamentos Municipales», *REDA*, 62, 1989, pp. 219-228.
- *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991.
- «Potestad reglamentaria», *NEJ*, Seix, Barcelona, 1993, t. XX, pp. 83-109.
- ENGISCH**, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1997.
- ENTRENA CUESTA**, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1999, t. I.
- ERICHSEN**, Hans U., *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß*, Athenäum, Frankfurt, 1971.
- «Die selbständige Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen», *VerwArch*, 1975, pp. 299-311.
- «Das Verwaltungshandeln», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (dir. Erichsen), de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 205-414.
- ESCRIBANO-COLLADO**, Pedro, «Sobre la conversión de los actos administrativos», *RAndAP*, 34, 1999, pp. 45-54.
- ESPEJO MEANA**, M.^a Regla, «Nulidad del Reglamento: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación», *RAndAP*, 12, 1992.
- ESTEVE PARDO**, José, «Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3 LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 108, 1985, pp. 215-234.
- EYERMANN**, Erich y **FRÖHLER**, Ludwig, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Beck, München, 1974.
- EZQUERRA HUERVA**, Antonio, «En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de los reglamentos por las Comunidades Autónomas», *Autonomías*, 18, 1994, pp. 325-377.
- EZQUIAGA GANUZAS**, Francisco J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- FABER**, Heiko, *Verwaltungsrecht*, Mohr, Tübingen, 1995.
- FABRA VALLS**, Modesto J., «La extensión de los efectos de las sentencias firmes en materia tributaria», *Tribuna Fiscal*, 111, 2000, pp. 59-75.

- FALCÓN Y TELLA, Fernando, «Efectos de la omisión del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *RLL*, 4, 1995, pp. 1160-1165.
- FALCÓN Y TELLA, M.^a José, *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Civitas, Madrid, 1994.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón, «La ley como fuente del ordenamiento jurídico tributario», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, pp. 207-245.
- FARIÑAS DULCE, M.^a José, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.
- FASSBENDER, Bardo, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 51-73.
- FAVOREAU, Louis, «La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980», *RDPSP*, 1980, pp. 1627-1672.
- «Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986)», *RDPSP*, 1986, pp. 395-495.
- FAVOREAU, Louis y LOÏC, Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1986.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *El acto administrativo*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, «Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general», *REDA*, 22, 1979, pp. 466 y ss.
- *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ignacio, «El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos», *PJ*, 24, 1991, pp. 21-36.
- FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, Angel, «Revocación de la nulidad del reglamento de la prestación social de los objetores de conciencia», *BIMJ*, Año XLV, 1598, 1991, pp. 2424-2447.
- FERNÁNDEZ PAVES, M.^a José, *La autoliquidación tributaria*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen, «Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral», *REDA*, 107, 2000, pp. 435-457.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., «La remisión normativa y el control de los reglamentos en dos sentencias recientes», *RAP*, 63, 1970, pp. 183-196.
- *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, Madrid, 1970.
- «¿Desaparece el recurso contra reglamentos?», *RAP*, 65, 1971, pp. 143-158.
- «El sistema de plazo abierto para la impugnación de ordenanzas locales de exacciones», *REDA*, 1, 1974, pp. 113-114.
- «La acción de nulidad en la jurisprudencia administrativa», *REDA*, 4, 1975, pp. 96-106.
- «Apertura a la revisión de oficio en la esfera local», *REDA*, 5, 1975, pp. 242-245.

- «Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RVAP*, 34 (II), 1992, pp. 33-44.
- *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan R., «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario», *RAP*, 125, 1991, pp. 281-316.
- «La legitimación corporativa en la Jurisdicción contencioso-administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. II, pp. 1379-1471.
- FERNANDO PABLO, Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FERREIRO LAPATZA, José J., «Fuentes de Derecho tributario. Disposiciones derogatorias», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, pp. 265-279.
- FINKELNBURG, Klaus, «Rückwirkende Heilung von Bebauungsplänen», *Planung und Plankontrolle. Festschrift für Otto Schlichter*, Heymann, Köln, 1995, pp. 301-312.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho administrativo*, (trad. Álvarez Gendin), Labor, Barcelona, 1933.
- FONT DE MORA, Pablo, en *Comentarios a la reforma del procedimiento administrativo*, (coord. Sala Sánchez), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Beck, München, 1973.
- FRENZ, Walter, «Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen», *DÖV*, 1993, pp. 847-855.
- FRIESECKE, Albrecht, *Bundeswasserstraßengesetz*, Heymann, Köln, 1994.
- FUNK, Werner, «Der Vollzug fehlerhafter Bebauungspläne», *BayVBl*, 1981, pp. 74-78.
- GAENTZSCH, Günter, «Wie kann das Planungsrecht weniger rechtsmittelanfällig gemacht werden?», *DVBl*, 1985, pp. 29-36.
- «Rechtsfolgen von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitplänen», *Festschrift für Felix Weyreuther*, Heymann, Köln, 1993, pp. 249-269.
- «Bemerkungen zur Planerhaltung im Fachplanungsrecht», *DVBl*, 2000, pp. 741-749.
- GALETTA, Diana U., «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 75-118.
- «El principio de proporcionalidad en el Derecho público italiano», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 299-329.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, ENAP, Madrid, 1971.

- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Artículo 97. Funciones del Gobierno», *Comentarios a las Leyes Políticas*, EDESA, Madrid, 1985, t. VIII, pp. 25-93.
- GÁLVEZ MONTES, Javier, «La infracción grave de normas legales o reglamentarias como presupuesto para la revisión de oficio», *RAP*, 143, 1997, pp. 463-475.
- GAMERO CASADO, Eduardo, «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, 85, 1995, pp. 99-114.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, «Algunas ideas sobre las normas administrativas y la casación civil», *RVAP*, 26, 1990, pp. 153-175.
- «El concepto de Reglamento ejecutivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. II, pp. 1473-1502.
 - *Función consultiva y procedimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- GARCÍA CUADRADO, Antonio, «El control de constitucionalidad de los reglamentos», *AA*, 14, 1986, pp. 809-824.
- *El Gobierno por orden ministerial*, EUNSA, Pamplona, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *RAP*, 27, 1958, pp. 63-86.
- «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *RAP*, 29, 1959, pp. 161-185.
 - «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP*, 30, 1959, pp. 131-166.
 - «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)», *RAP*, 38, 1962, pp. 159-205.
 - «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *RAP*, 40, 1963, pp. 189-222.
 - «El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos», *RAP*, 42, 1963, pp. 267-293.
 - *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970.
 - «Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario», *REDA*, 5, 1975, pp. 203-212.
 - «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *REDA*, 61, 1989, pp. 5-17.
 - «La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», *REDA*, 66, 1990, pp. 279-291.
 - «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *RAP*, 124, 1991, pp. 211-228.
 - «La aplicación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos», *RAP*, 125, 1991, pp. 411-418.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
 - *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.
 - *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
 - «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», *REDA*, 95, 1997, pp. 407-415.
 - *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1982, t. I.
- *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, t. II.
 - *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, t. I y II.
- GARCÍA DE OVIEDO, Carlos y MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Derecho administrativo*, EISA, Madrid, 1962, t. I.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Urbanismo y contencioso-administrativo. (Breves reflexiones en torno a la Ley Francesa de 9 de febrero de 1994)», *RAP*, 141, 1996, pp. 301-312.
- GARCÍA LUENGO, Javier, «¿Retroactividad normativa o protección de la Confianza? A propósito de la STC de 31 de octubre de 1996», *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 2000, t. II, pp. 2499-2519.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Libro homenaje al Prof. José L. Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 453-466.
- GARCÍA NOVOA, César, *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, IEF-Marcial Pons, Madrid, 1992.
- *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho administrativo*, EDESA, Madrid, 1968, t. I.
- *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «Efectos de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado», *RAP*, 118, 1989, pp. 241-261.
- «Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pp. 407-420.
 - *El recurso administrativo extraordinario de revisión en la nueva Ley de procedimiento*, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José A., «Revisión de oficio de actos administrativos. Reclamación administrativa previa a las vías civil y laboral», *Administraciones públicas y ciudadanos. Estudio*, (coord. Benigno Pendás García), Praxis, Barcelona, 1993, pp. 631-700.

- *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993.
- «Cuestión de ilegalidad», *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, (coord. Pendás García), Praxis, Barcelona, 1999, pp. 457-493.
- GARRIDO FALLA**, Fernando, «La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RAP*, 6, 1951, pp. 223-237.
- *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, IEP, Madrid, 1956.
- *Tratado de Derecho administrativo. La justicia administrativa*, IEP, Madrid, 1963, t. III.
- «La fiscalización de los decretos legislativos por la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *RAP*, 60, 1969, pp. 109-124.
- «Prólogo» a *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, de Santamaría Pastor, IEA, Madrid, 1974.
- *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, t. I.
- «El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones», *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, (dir. González Pérez), Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, pp. 99-112.
- «La impugnación de disposiciones normativas en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *AJA*, 342, 1998, pp. 1-4.
- GARRIDO FALLA**, Fernando y **FERNÁNDEZ PASTRANA**, José M.^a, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARRORENA MORALES**, Angel, «Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), EDESA, Madrid, 1999, t. XII, pp. 299-385.
- GASCÓN Y MARÍN**, José, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Imprenta clásica española, Madrid, 1917, t. I.
- GASSNER**, Ulrich, «Aktuelle Probleme der rückwirkenden Inkraftsetzung von Satzungen gemäß § 215.3 BauGB», *BauR*, 1993, pp. 33-37.
- GAYA SICILIA**, Regina, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- GEIMER**, Richard, «Anmerkungen zu § 155b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 5 und 6 BbaUG», *BauR*, 1980, pp. 208-211.
- GERN**, Alfons, «Teilnichtigkeit von Gesetzen und Satzungen», *NVwZ*, 1987, pp. 851-854.
- GERN**, Alfons y **SCHNEIDER**, Sibylle, «Zur Verfassungsmäßigkeit der Unbeachtlichkeitsvorschriften bei Abwägungsfehlern nach dem Baugesetzbuch», *VBfBW*, 1988, pp. 125-129.
- GERSCHLAUER**, Christoph, «Fortbestand von Bebauungsplänen trotz Verfahrensmängeln», *DÖV*, 1984, pp. 493-504.
- GIERKE**, Hans G., «Die Behandlung rechtswidriger Bebauungspläne», *ZfBR*, 1985, pp. 14-24 y 62-66.
- GIL CREMADES**, Rafael, «Orden constitucional y actividad de oficio del Tribunal Constitucional», *REDC*, 53, 1998, pp. 75-113.

- GIL ROBLES**, Álvaro, «El control de legalidad de las normas con valor de ley», *REDA*, 3, 1974, pp. 393-414.
- GOHIN**, Olivier, «Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi», *RFDA*, 2000, pp. 1175-1188.
- GÓMEZ COLOMER**, Juan L., *Derecho jurisdiccional*, (con Montero Aroca, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, t. I.
- GÓMEZ DÍAZ**, Ana B., «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial», *RAP*, 144, 1997, pp. 245-282.
- GÓMEZ PUENTE**, Marcos, «Dos notas sobre la potestad reglamentaria a propósito de la regulación del seguro escolar», *RLL*, 2, 1995, pp. 1037-1045.
- *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GÓMEZ-FERRER MORANT**, Rafael, «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, 1977, pp. 387-400.
- «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, 113, 1987, pp. 7-38.
- «La revisión de oficio», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (eds. Leguina Villa y Sánchez Morón), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 282-320.
- GONZÁLEZ**, Alfonso, *La materia contencioso-administrativa*, Madrid, 1903.
- GONZÁLEZ ALONSO**, Benjamín, «La fórmula obedécese, pero no se cumpla en el Derecho castellano de la Baja Edad Media», *AHDE*, 1980, pp. 469-487.
- GONZÁLEZ GARCÍA**, Julio V., «Ejercicio de la potestad reglamentaria fuera de plazo. Derecho administrativo sancionador y participación ciudadana», *RLL*, vol. I, 1992, pp. 205-212.
- GONZÁLEZ NAVARRO**, Francisco, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1993, t. I.
- *Derecho administrativo español*, EUNSA, Navarra, 1994, t. II.
- «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 144, 145 y 236.
- *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, (con González Pérez), Civitas, Madrid, 1999, t. I y II.
- *Derecho administrativo español*, EUNSA, Navarra, 1997, t. III.
- GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús, «El recurso contencioso-administrativo contra disposiciones generales», *REDAF*, 1, pp. 23-39.
- «La impugnación de disposiciones reglamentarias», *Revista de Derecho Procesal*, 2, 1957, pp. 77-89.
- «El procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *RAP*, 40, 1963, pp. 9-31.
- «El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa», *Revista de Derecho procesal*, 1, 1971, pp. 79-125.
- «El procedimiento para elaborar reglamentos», *RCDI*, 498, 1973, pp. 1314-1320.

- «La infracción de las normas de procedimiento para elaborar disposiciones generales», *RCDI*, 503, 1974, pp. 1003-1008.
- «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios del procedimiento de elaboración de disposiciones generales», *REDA*, 9, 1976, pp. 345-348.
- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1994.
- *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, (con González Navarro), Civitas, Madrid, 1997, t. I y II.
- «El control jurisdicción de la legalidad. Planeamiento y la tutela jurisdiccional efectiva» [sic], *RDU*, 158, 1997, pp. 1547-1558.
- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1999, t. I y II.
- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y TOLEDO JÁUDENES, Julio, *Comentarios al Reglamento de procedimiento económico-administrativo*, Civitas, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús, «Notas sobre alguno de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo», *RAP*, 121, 1990, pp. 159-211.
- GONZÁLEZ SALINAS, Pedro, «La naturaleza jurídica de los planes de urbanismo y los recursos administrativos contra el acto de aprobación», *REDA*, 27, 1980, pp. 649 y ss.
- «El dictámen del Consejo de Estado en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales», *REDA*, 67, 1990, pp. 463-470.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José L., «Sobre la ineficacia del acto administrativo declaratorio de derechos», *REVL*, 157, 1968, pp. 23-57.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
- «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 191-215.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993.
- «El Derecho comparado», *RVAP*, 50, 1998, pp. 129-173.
- «Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992», *REDA*, 104, 1999, pp. 633-641.
- GRAU VILA, Sebastián, «Sobre la naturaleza de los catálogos de la legislación urbanística», *RDU*, 70, 1980, pp. 125-138.
- GRAVE, Helmut, «§ 155b BBauG, mißglückt und verfassungswidrig!», *BauR*, 1980, pp. 199-208.
- GROSSE-HÜNDFELD, Norbert, «Plankontrolle aus der Sicht des Rechtsschutzes. Vertrauensschutz als Kontrollgrenze», *BauR*, 1979, pp. 15-23.

- GUAITA, Aurelio, «Control judicial y responsabilidad de la Administración», *Comentarios a las Leyes Políticas*, (dir. Alzaga Villaamil), EDERSA, Madrid, 1985, t. VIII, pp. 317-376.
- GUASP, Jaime, *Derecho*, Hergón, Madrid, 1971.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (trad. Ferrer i Beltrán), Gedisa, Barcelona, 1999.
- GUBELT, Manfred, «Verfahrensbeschleunigung und Investitionserleichterungen im Städtebaurecht», *NJW*, 1979, pp. 2071-2076.
- «Begründungsfehler des Bebauungsplans», *NVwZ*, 1982, pp. 176-178.
- GUTIÉRREZ-GUTIÉRREZ, Ignacio, *Los controles de la legislación delegada*, CEC, Madrid, 1995.
- HALL, Karl H., «Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung», *DÖV*, 1965, pp. 553-564.
- HAMONIAUX, Thomas, «Note de jurisprudence. Arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1995», *AJDA*, 1995, pp. 936-939.
- HARTMANN, Christian, «Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen?», *DVB*, 1997, pp. 1264-1269.
- HATJE, Armin, «Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung», *DÖV*, 1997, pp. 477-485.
- HECKMANN, Dirk, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr, Tübingen, 1997.
- HEIN, Peter E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos, Baden-Baden, 1988.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1995.
- HEUSSNER, Hermann, «Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung», *NJW*, 1982, pp. 257-263.
- HILL, Hermann, «Zur Dogmatik sogenannter Heilungsvorschriften im Kommunalverfassungsrecht», *DVB*, 1983, pp. 1-7.
- *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Decker's, Heidelberg, 1986.
- HIMSWORTH, C. M. G., «La proporcionalidad en el Reino Unido», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 273-286.
- HOFFMANN, Gerhard, «Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz», *JZ*, 1961, pp. 194-205.
- HOFFMANN, Harald, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Kohlhammer, Köln, 1994.
- HOPPE, Werner, «Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit», *BauR*, 1970, pp. 15-18.
- «Planung», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), Müller, Heidelberg, 1988, t. III, pp. 653-716.
- «Das Abwägungsgebot in der Novellierung des BauGB», *DVB*, 1994, pp. 1033-1041.
- «Verwirrung und Entwirrung beim Abwägungsgebot (§ 1.6 BauGB)», *UPR*, 1995, pp. 201-203.

- «Erste Überlegungen zu einem Grundsatz der Planerhaltung», *Planung und Plankontrolle. Festschrift für Otto Schlichter*, Heymann, Köln, 1995, pp. 87-111.
- «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», *DVBZ*, 1996, pp. 12-19.
- «Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip», *Abwägung im Recht*, Heymann, Köln, 1996, pp. 133-156.
- HOPPE, Werner y GROTEFELS, Susan, *Öffentliches Baurecht*, Beck, München, 1997.
- HOPPE, Werner y HENKE, Peter, «Der Grundsatz der Planerhaltung im neuen Städtebaurecht», *DVBZ*, 1997, pp. 1407-1414.
- HORN, «Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem», *DÖV*, 1980, pp. 84-91.
- HUBER, Ernst R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, 1988, t. II.
- HÜBNER, Heinz, «Zum Abbau von Nichtigkeitsvorschriften», *Festschrift für Franz Wieacker*, Vandenhoeck, Göttingen, 1978, pp. 398-410.
- HUERGO LORA, Alejandro, «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145, 1998, pp. 89-115.
- «Las consecuencias de la STC 61/1997 en la jurisprudencia contencioso-administrativa. (A propósito de las Sentencias de 14 de febrero y 21 de marzo 2000 de la Sala Tercera, Sección Quinta, del Tribunal Supremo)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 9, 2000, pp. 23-38.
- HUFEN, Friedhelm, «Heilung und Unbeachtlichkeit grundsrechtsrelevanter Verfahrensfehler?», *NJW*, 1982, pp. 2160-2169.
- «La sistemática de las consecuencias de las irregularidades procedimentales. Un balance de los diez años de vigencia de las Ley de procedimiento administrativo», *DA*, (trad. Nieto König), 235-236, 1993, pp. 335-357.
- *Fehler im Verwaltungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- *Verwaltungsprozeßrecht*, Beck, München, 1998.
- IBLER, Martin, «Die differenzierung zwischen Vorgangs- und Ergebniskontrolle bei planerischen Abwägungsentscheidungen», *DVBZ*, 1988, pp. 469-474.
- IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.
- IHERING, Rudolf, «La lucha por el Derecho», *Estudios jurídicos*, (trad. González Posada), Heliasta, Buenos Aires, 1974, pp. 9-85.
- *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, (trad. Banzhaf), Civitas, Madrid, 1987.
- INIESTA DELGADO, Juan J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, «Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional», *REDC*, 59, 2000, pp. 139-175.

- IPSEN, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980.
- «Die prinzipale Normenkontrolle von Bebauungsplänen», *DV*, 20, 1987, pp. 477-488.
- JAAG, Tobias, *Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt*, Schulthes, Zürich, 1985.
- JÄDE, Henning, «Präklusion im Anzeigeverfahren?», *UPR*, 1993, pp. 4-6.
- «Landesrechtliche Bestandskraftverstärkung für Bebauungspläne?», *UPR*, 1996, pp. 12-15.
- JARASS, Hans D., «Aktuelle Probleme des Planfeststellungsrechts», *DVBZ*, 1997, pp. 795-802.
- JELLINEK, Georg, *Gesetz und Verordnung*, 1887, (reimpr. Mohr, Tübingen, 1919).
- JELLINEK, Walter, *Verwaltungsrecht*, 1931, (reimpr. Offenburg, 1948).
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, (con Rubio Llorente), McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- JORDANO FRAGA, Jesús, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JUANATEY DORADO, Carmen, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JUNG, Doris, «Gemeindliche Verwerfungsbefugnis bei rechtsverbindlichen Bebauungsplänen außerhalb des Verfahrens nach § 2.VI BBauG», *NVwZ*, 1985, pp. 790-795.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 1960 (trad. Vernengo, Porrúa, México, 1993).
- KIRCHHOFF, Ferdinand, «Die Baurechnovelle 1979 als Rechtswegsperre?», *NJW*, 1981, pp. 2382-2387.
- KLEIN, Hans H., «Der Umfang der Entscheidungsbefugnis der Oberverwaltungsgerichte im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO», *NJW*, 1961, pp. 1612-1613.
- KLUTH, Winfried, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el Derecho alemán», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 219-237.
- KNESER, Andreas, «Der Einfluß der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen — § 79 BVerfG —», *AöR*, 1964, pp. 129-211.
- KOCH, Hans J., «Das Abwägungsgebot im Planungsrecht», *DVBZ*, 1983, pp. 1125-1133.
- «Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis als Gegenstände gerichtlicher Plankontrolle», *DVBZ*, 1989, pp. 399-405.
- KOCH, Hans J. y HENDLER, Reinhard, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, Boorberg, Stuttgart, 1995.
- KOHL, Klaus M., «Zur Geltendmachung von Verfahrens- und Formfehlern nach § 155a BBauG», *BauR*, 1982, pp. 126-129.
- KOPP, Ferdinand O., «Änderungen im Verwaltungsprozeßrecht», *NJW*, 1976, pp. 1961-19667.
- «Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden», *DVBZ*, 1983, pp. 821-829.

- KOPP, Ferdinand O. y RAMSAUER, Ulrich, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, München, 1996.
- KOPP, Ferdinand O. y SCHENKE, Wolf R., *Verwaltungsgerichtsordnung*, Beck, München, 1998.
- KRAUTZBERGER, Michael y WAGNER, Jörg, «Fortentwicklung des Baugesetzbuchs», *DVB*, 1994, pp. 1025-1033.
- KREBS, Walter, «Baurecht», *Besonderes Verwaltungsrecht*, (dir. Schmidt-Aßmann), de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 299-431.
- LACRUZ BERDEJO, José L., LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1990, vol. 2º.
- LAFUENTE BENACHES, Mercedes, «La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativas después de la Constitución», *REDA*, 42, 1984, pp. 435-457.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (trad. Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan A., «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al Código Penal*, (dir. Rodríguez Mourullo), Civitas, Madrid, 1997, pp. 1266-1272.
- «La proporcionalidad de la norma penal», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 159-189.
- LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean C. y GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1992, t. I.
- LAUBINGER, Hans W., «Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern», *VerwArch*, 1981, pp. 333-351.
- «Die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen», *VerwArch*, 1982, pp. 345-368.
- «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *VerwArch*, 1987, pp. 207-227 y 345-367.
- LAVILLA ALSINA, Landelino, «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, 34, 1961, pp. 53-98.
- LAVILLA RUBIRA, Juan J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid, 1991.
- «Nulidad y anulabilidad de los actos administrativos», *Administraciones públicas y ciudadanos*, (coord. Benigno Pendás García), Praxis, Barcelona, 1993, pp. 485-523.
- «El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno», *Justicia Administrativa*, 1, 1998, pp. 5-22.
- «Actividad administrativa impugnabile», *Jurisdicción contencioso-administrativa*, (dirs. Arnaldo Alcubilla y Fernández Valverde), El Consultor, Madrid, 1998, pp. 539-570.
- LEGUNA VILLA, Jesús, «Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones generales», *RAP*, 49, 1966, pp. 193-224.

- LEMMEL, Hans P., «Die Unbeachtlichkeit von Mängeln der Begründung des Bebauungsplanes nach der Bundesbaugesetz-Novelle 1979», *DVB*, 1981, pp. 318-323.
- «Anmerkung zum Beschluß vom 3.3.1983 VGH Baden-Württemberg», *DVB*, 1985, pp. 130-132.
- *Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch*, (dirs. Schlichter y Stich), Heymann, Köln, 1995.
- LEROY, Michel, *Les règlements et leurs juges*, Bruylant, Bruxelles, 1987.
- LESAGE, M., *Lés interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, LGDJ, Paris, 1960.
- LLISET BORRELL, Francisco, «La publicidad de las normas de los planes urbanísticos, cuestión no resuelta», *RDU*, 1995, pp. 321-336.
- LÖHR, Rolf P., «Das neue Baugesetzbuch. Bauleitplanung», *NVwZ*, 1987, pp. 361-369.
- LOÏC, Philip, «Chronique constitutionnelle française. La jurisprudence financière. Les saisines du printemps 1978», *RDPSP*, 1979, pp. 465-506.
- LOJENDIO IRURE, Ignacio Mº., «Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español», *RVAP*, 18, 1987, pp. 89-121.
- LONGÁS LAFUENTE, Antonio, «La convalidación del acto de fiscalización previa o intervención crítica: régimen jurídico», *REDF*, 85, 1995, pp. 53-87.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Art. 110», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *REDA*, 100, 1998, pp. 779-790.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José I., «La potestad reglamentaria de los Ministros», *REDA*, 39, 1983, pp. 609-613.
- *El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.
- «El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 143-158.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco, *El principio de irretroactividad en las normas jurídicas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.
- «El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. I, pp. 455-508.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José F., «Los nuevos supuestos de invalidez jurídica en la Ley de procedimiento administrativo común», *RAndAP*, 23, 1995, pp. 33-51.
- LUACES SAAVEDRA, Carlos, «La información interministerial del artículo 131 LPA», *DA*, 94, 1965, pp. 9-21.
- LUCHAIRE, François, «Le Conseil constitutionnel et les lois de validation», *RDPSP*, 1998, pp. 23-36.
- LÜDEMANN, Peter y WINDHORST, Kai, «Die Umdeutung von Verwaltungsakten im Verwaltungsprozeß», *NVwZ*, 1994, pp. 244-247.
- «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *BayVBl*, 1995, pp. 357-363.

- LÜERS, Hartwig, «Die Bauleitplanung nach dem BauROG», *DVBZ*, 1998, pp. 433-445.
- LUHMANN, Niklas, *Confianza*, (trad. Flores y Rodríguez Mansilla), Antrophos, Barcelona, 1996.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, (trad. Alcántara), Planeta, Barcelona, 1983.
- MARTENS, Wolfgang, «Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß», *DVBZ*, 1965, pp. 428-432.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria y de personal*, Comares, Granada, 2000.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J. y CALDERÓN CARRERO, J. M., «Devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, 167, 1998, pp. 41-60.
- MARTÍN MATEO, Ramón, «La degradación normativa de las disposiciones reglamentarias. Su contraste con la Ley Orgánica del Estado», *RAP*, 51, 1966, pp. 319-330.
- *Manual de Derecho administrativo*, Trivium, Madrid, 1999.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IEA, Madrid, 1975.
- «Disposiciones administrativas y actos administrativos», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (eds. Leguina Villa y Sánchez Morón), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 152-191.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, «Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza jurídica de la convocatoria de oposiciones», *RAP*, 40, 1963, pp. 225-249.
- «Aspectos del Derecho administrativo en la Revolución de 1868. Las regulaciones iniciales», *RAP*, 58, 1969.
- «La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, 137, 1995, pp. 7-29.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, t. I.
- *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.
- «De la simplificación de la Administración pública», *RAP*, 147, 1998, pp. 7-37.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, «Real Decreto: Real Orden: Reglamento: Instrucción», *Diccionario de la Administración española*, 1887, t. VIII, pp. 277-278.
- MARTÍNEZ MARÍN, Diego J., «La publicación de disposiciones de las Comunidades Autónomas», *RAP*, 114, 1987, pp. 379-413.
- MATHIEU, Bertrand, *Les validations législatives*, Economica, Paris, 1987.
- «La constitutionnalité des validations législatives: certitudes et incertitudes», *RFDA*, 1989, pp. 862-867.
- «Les validations législatives devant le juge constitutionnel», *RFDA*, 1995, pp. 780-782.

- «Valeur et portée des validations législatives. Devant le juge constitutionnel», *RFDA*, 1998, pp. 148-159.
- «Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle», *RFDA*, 2000, pp. 289-299.
- «Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité. Observations sous les décisions de la 1^{re} chambre civile de la Cour de Cassation du 20 juin 2000», *RFDA*, 2000, pp. 1201-1205.
- MAURER, Hartmut, «Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung», *DÖV*, 1963, pp. 683-688.
- «Bestandskraft für Satzungen?», *Festschrift für Bachof*, Beck, München, 1984, pp. 215-243.
- «Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), Müller, Heidelberg, 1988, t. III, pp. 211-279.
- «Abgestufte Rechtsfolgen bei Gesetzesverstößen der Verwaltung», *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, (dir. Hermann Hill), Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 233-250.
- «Rechtsfragen Kommunalen Satzungsgebung», *DÖV*, 1993, pp. 184-194.
- *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1997.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, t. I.
- *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1924, (reimpr. Duncker & Humblot, Berlin, 1961, t. I).
- MEDINA GUERRERO, Manuel, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 119-141.
- MEILÁN GIL, José L., *La distinción entre norma y acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1967.
- «La dimensión temporal de la ordenación urbanística», *RDU*, 1995, pp. 891-933.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, «El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo en 1870», *RAP*, 64, 1971, pp. 337-387.
- MESTRE DELGADO, Juan F., «Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado», *REDA*, 59, 1988, pp. 451-454.
- MEYER, Hans, «Die Kodifikation des Verfahrensverfahrens und die Sanktion für Verfahrensfehler», *NVwZ*, 1986, pp. 513-522.
- MICHEL, Helmut, «Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt», *NJW*, 1960, p. 841-846.
- MIERES MIERES, Luis J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1998.
- MOCHÓN LÓPEZ, Luis, *Actos reclamables en el procedimiento económico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MOENCH, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1977.

- MOLODOVSKY, Paul, «Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts», *BayVBl*, 1977, pp. 539-546.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. I y II.
- MONTILLA MARCOS, José A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994.
- MONTORO BALLESTER, Alberto, «Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica», *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, t. II, pp. 1-30.
- MORALES MORENO, Antonio M., «Artículo 1266», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirs. Albaladejo y Díaz Alabart), EDERSA, Madrid, 1993, t. XVII, vol. 1º-B, pp. 221-340.
- MORELL OCAÑA, Luis, «Fuentes del Derecho. Interpretación jurídica y procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general», *Libro homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia*, Facultad de Derecho, Valencia, 1980, pp. 479-490.
- *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, t. I y II
- MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *RAP*, 147, 1998, pp. 159-200.
- MOREU CARBONELL, Elisa, «Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones públicas», *RAP*, 144, 1997, pp. 391-435.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J., «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 142.
- MORLOK, Martin, *Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Sobre el concepto de Reglamento ejecutivo en el Derecho español», *RAP*, 77, 1975, pp. 139-180.
- *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986.
- *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989.
- NIEDOBITEK, Mathias, «Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens», *DÖV*, 2000, pp. 761-768.
- NIETO, Alejandro, «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», *RAP*, 32, 1960, pp. 75-116.
- «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de los contencioso-administrativo», *RAP*, 57, 1968, pp. 9-33.
- «Las consultas a la Administración: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente», *REDA*, 8, 1976, pp. 137-145.
- «La autenticidad de las normas escritas», *REDA*, 16, 1978, pp. 5-12.
- *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.
- «Estudio preliminar» al libro de M. Beladiez Rojo, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994.
- NINO, Carlos S., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- NÚÑEZ LOZANO, M.ª Carmen, «La inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley del Gobierno», *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1687-1704.
- OLIVÁN, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, 1843, (ed. del IEP, Madrid, 1954).
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, MASCARELL NAVARRO, M.ª José, CÁMARA RUIZ, Juan y JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, *El proceso contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 1998.
- ORTÍZ DÍAZ, José, *El recurso contencioso-administrativo en la nueva Ley de Régimen Local*, IEAL, Madrid, 1953.
- «Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés», *RAP*, 24, 1957, pp. 335-355.
- ORTS BERENGUER, Enrique, ALONSO RIMO, Alberto y ROIG TORRES, Margarita, «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al Código Penal de 1995*, (coord. Tomás S. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1987-2000.
- OSSENBUHL, Fritz, «Normenkontrolle durch die Verwaltung», *DV*, 1969, pp. 393-410.
- «Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen», *NJW*, 1986, pp. 2805-2812.
- «Rechtsverordnung», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (dirs. Isensee y Kirchhof), Müller, Heidelberg, 1988, t. III, pp. 387-424.
- «Abwägung im Verfassungsrecht», *DVBl*, 1995, pp. 904-912.
- «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», *Allgemeines Verwaltungsrecht*, (dir. Erichsen), de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 111-203.
- OTERO NOVAS, José M., «Las autolimitaciones de la Jurisdicción Económico-Administrativa», *CT*, 16, 1976, pp. 243-248.
- PACTEAU, Bernard, *Contentieux administratif*, PUF, Paris, 1997.
- PAGENKOPF, Martin, «Grenzen behördlicher und gerichtlicher Plankontrolle», *BauR*, 1979, pp. 1-14.
- PALAO TABOADA, Carlos, «Nulidad de reglamentos y devolución de ingresos realizados en virtud de actos dictados en su aplicación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, 195, 1999, pp. 3-26.
- PALMA FERNÁNDEZ, José L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, CEPC, Madrid, 1997.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel C., *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1975.
- PAPIER, Hans J., *Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt*, Möhr, Tübingen, 1973.

- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», *RAP*, 31, 1960, pp. 95-149.
- «Artículo 105. Los principios de audiencia y publicidad de la Administración», *Comentarios a las Leyes políticas*, (dir. Alzaga Villaamil), EDESA, Madrid, 1985, t. VIII, pp. 295-316.
- *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- *Derecho administrativo.*, Marcial Pons, Madrid, 1999, t. I.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Manual de Derecho administrativo*, (con Jiménez-Blanco y Ortega Álvarez), Ariel, Barcelona, 1998, t. I.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (ed.), *Estudios sobre el gobierno*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1996.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- PEDRAZ PENALBA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *PJ*, 17, 1990, pp. 69-98.
- PEINE, Franz J., «Zur verfassungskonformen Interpretation des § 215.2 BauGB», *NVwZ*, 1989, pp. 637-639.
- *Öffentliches Baurecht*, Mohr, Tübingen, 1997.
- *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller, Heidelberg, 1997.
- «Das neue Bau- und Raumordnungsrecht», *JZ*, 1998, pp. 23-30.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, «Sobre la nueva regulación de la Jurisdicción contencioso-administrativa: las novedades relativas al objeto y las partes del proceso», *PJ*, 54, 1999, pp. 401-450.
- PEÑA FREIRE, Antonio M., «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1999, pp. 99-119.
- PÉREZ ANDRÉS, Antonio A., *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- PÉREZ DE AYALA, Luis y SANZ GANDASEGUI, Francisco, «Revisión de oficio», *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. I, pp. 661-691.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, «Notas» al *Tratado de Derecho civil. Parte general* (Enneccerus, Nipperdey), Bosch, Barcelona, 1981, t. I-2º, vol. 2º.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- PÉREZ MORENO, Alfonso, «Cuestión de ilegalidad», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 229-231.
- «Recurso contra reglamentos», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 137-141.
- PÉREZ OLEA, Manuel, «Nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas», *RAP*, 34, 1961, pp. 311-318.

- PÉREZ SERRANO, Nicolás, «El principio de separación de poderes: antecedentes del problema», *Escritos de Derecho político*, IEAL, Madrid, 1984, pp. 621-671.
- «Las erratas en las leyes», *Escritos de Derecho político*, IEAL, Madrid, 1984, pp. 841-857.
- PÉREZ-TENESSA HERNÁNDEZ, Antonio, «Procedimiento administrativo y los derechos de participación previstos en el artículo 105 de la Constitución española», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 43, 1993, pp. 123-126.
- PERROT, Danielle, «Validation législative et actes administratifs unilatéraux», *RDSP*, 1983, pp. 983-1012.
- PESCATORE, Pierre, «Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE», *El Derecho comunitario y su aplicación Judicial*, (dir. Rodríguez Iglesias y Liñán Noguera), Civitas, Madrid, 1993, pp. 527-571.
- PERULLES MORENO, Juan M., «Reclamaciones económico-administrativas», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, t. II, pp. 1845 y ss.
- PESTOLAZZA, Christian, «Die Geltung verfassungswidriger Gesetze», *AöR*, 96, 1971, pp. 27-84.
- «Noch verfassungsmäßige und bloß verfassungswidrige Rechtslagen», *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Mohr, Tübingen, t. I, 1976, pp. 519-567.
- PHILIPPE, Xabier, «El principio de proporcionalidad en Derecho público francés», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 255-272.
- PIERNAT DOMÉNECH, Xabier, «La sentencia constitucional como fuente del Derecho», *RDPol*, 24, 1987, pp. 55-85.
- «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *RJC*, 4, 1987, pp. 141-154.
- PIETZCKER, Jost, «Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt», *AöR*, 101, 1976, pp. 374-399.
- «Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag», *VVDStRL*, 41, 1983, pp. 193-227.
- «Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung», *DVBl*, 1986, pp. 806-809.
- PIETZNER, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, (dires. Schoch, Schmidt-Aßmann y Pietzner), Beck, München, 1997.
- PIÑAR MAÑAS, José L., «Eficacia de los actos administrativos», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dires. Santamaría Pastor y Parejo Alfonso), CEURA, Madrid, 1989, pp. 294-339.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Delitos contra la Constitución (III). Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes», *Curso de Derecho penal español*, (dir. Cobo del Rosal), Marcial Pons, Madrid, 1997, t. II, pp. 629-668.
- POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho administrativo*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, t. I.
- «Potestad discrecional», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXV, pp. 316-320.
- «Real Orden», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXVI, pp. 586.

- «Real Decreto», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXVI, pp. 580-582.
- «Recurso contencioso-administrativo», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXVI, pp. 690-694.
- «Reglamento», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXVII, pp. 158-163.
- POSADA HERRERA**, José, *Lecciones de administración*, 1843, (reimpr. INAP, Madrid, 1978, t. I).
- POU VIVER**, T., «Irregularidad de los actos administrativos», *NEJ*, Seix, Barcelona, 1968, t. XIII, pp. 680-687.
- PRÉTOT**, Xavier, «Note de jurisprudence. Arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1995», *AJDA*, 1995, pp. 579-582.
- «Notes de jurisprudence», *RDPSP*, 1996, pp. 1147-1159.
- «Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme», *RDPSP*, 1998, pp. 11-19.
- PREUSCHE**, Burkhard, «Zum Ändern und Ersetzen angefochtener Verwaltungsakte», *DVBl*, 1992, pp. 797-804.
- PUIG BRUTAU**, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1989, t. preliminar.
- PUNSET BLANCO**, Ramón, «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, 1995, pp. 33-48.
- RADBRUCH**, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de cultura económica, México, 1974.
- REBOLLO PUIG**, Manuel, «La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas generales», *RAP*, 115, 1988, pp. 99-166.
- «Juridicidad, legalidad y reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RAP*, 125, 1991, pp. 7-173.
- «El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado», *DA*, 244-245, 1996, pp. 161-210.
- «Arts. 72 y 73», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *REDA*, 100, 1998, pp. 518-537.
- REDEKER**, Konrad, «Was wird aus dem Bundesbaugesetz?», *DVBl*, 1982, pp. 130-135.
- «Die Heilungsvorschriften der 6. VwGO-Novelle», *NVwZ*, 1997, pp. 625-628.
- REDEKER**, Konrad, **OERTZEN**, Hans J. y **REDEKER**, Martin, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Kohlhammer, Stuttgart, 1997.
- RÉGLADE**, Marc, «L'exception d'illegalité en France», *RDPSP*, 1923, pp. 393-425.
- REIG REIG**, José V., «De la usurpación de atribuciones», *Código Penal de 1995*, Comares, Granada, 1998, pp. 1847-1854.
- RENCK**, Ludwig, «Standortsicherung durch Normen Kontrolle», *ZPR*, 1997, pp. 48-49.

- RENSMANN**, Thilo, «Reformdruck und Vertrauensschutz. Neuere Tendenzen in der Rückwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts», *JZ*, 1999, pp. 168 y ss.
- REQUEJO PAGÉS**, Juan L., *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989.
- RIVERO**, Jean, «Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo», *RAP*, 6, 1951, pp. 289-300.
- RIVERO**, Jean y **WALINE**, Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1992.
- RIVERO ORTEGA**, Ricardo, «Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo», *RAP*, 146, 1998, pp. 85-127.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO**, José M.^a, «Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania», *RDU*, 163, 1998, pp. 877-909.
- RODRÍGUEZ PONTÓN**, Francisco J., «Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones», *Autonomías*, 21, 1996, pp. 267-295.
- ROMANO**, Santi, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín), Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1964.
- RÖPER**, Erich, «Nichtigkeit und Teilnichtigkeit kommunaler Beschlüsse und Normen», *NVwZ*, 1982, pp. 298-299.
- ROUSSEAU**, Dominique, «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1996-1997», *RDPSP*, 1998, pp. 37-82.
- «Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998», *RDPSP*, 1999, pp. 47-92.
- RUBIO LLORENTE**, Francisco, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *REDC*, 22, 1988, pp. 9-51.
- «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional europea», *REDC*, 35, 1992, pp. 9-39.
- RUIZ MUÑOZ**, Miguel, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993.
- SACHS**, Michael, «Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht», *NJW*, 1979, pp. 344-348.
- «§§ 42-47», *Verwaltungsverfahrensgesetz*, (dirs. Stelkens, Bonk, Sachs), Beck, München, 1998, pp. 1136-1351.
- SAINZ DE RUBIALES**, Íñigo, «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 2000, pp. 91-122.
- SAINZ MORENO**, Fernando, «Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes», *REDA*, 20, 1979, pp. 124-128.
- «El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos», *RAP*, 93, 1980, pp. 213-229.
- «La publicidad de las normas», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 121-146.
- «Seguridad jurídica», *EJB*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 6108-6118.

- SALAS HERNÁNDEZ, Javier**, «De nuevo sobre los reglamentos autónomos en Derecho español», *RAP*, 84, 1977, pp. 645-659.
- «Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos (algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)», *REDA*, 21, 1979, pp. 261-270.
 - «Promulgación y publicación de leyes de Comunidades Autónomas», *Autonomías*, 11, 1990, pp. 7-14.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique**, *Manual de Derecho administrativo*, (coord. Sánchez Goyanes), Colex, Madrid, 1997, t. I.
- «Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias (1ª parte)», *RDU*, 160, 1998, pp. 286-359.
 - «Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias (2ª parte)», *RDU*, 162, 1998, pp. 651-693.
- SÁNCHEZ LAMELAS, Ana**, «La nulidad de las disposiciones administrativas y el problema de los actos dictados en aplicación de aquéllas», *RLL*, 2, 1995, pp. 1054-1059.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, «Un paso adelante en materia de legitimación. La superación de la legitimación corporativa», *REDA*, 21, 1979, pp. 289-292.
- *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.
 - «Recursos administrativos», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, (dirs. Leguina Villa y Sánchez Morón), Tecnos, Madrid, 1993.
 - «El objeto del recurso contencioso-administrativo», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (dirs. Leguina Villa y Sánchez Morón), Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 151-222.
- SÁNCHEZ SERRANO, Luis**, *Tratado de Derecho financiero y tributario constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente**, *Curso de Derecho administrativo*, Imprenta española, Madrid, 1914.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A.**, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972.
- *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973.
 - «El reglamento», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (dirs. Santamaría Pastor y Parejo Alfonso), CEURA, Madrid, 1989, pp. 51-107.
 - *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1991.
- SANTANELLO, Giuseppe**, «Convalida», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, t. X, pp. 503-506.
- «Ratifica», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1987, t. XLI, pp. 706-707.
 - «Sanatoria», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 243-244.
- SANTOS VIJANDE, Jesús M.ª**, *El recurso indirecto contra reglamentos*, EDESA, Madrid, 1998.

- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.**, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1996.
- SARNIGHAUSEN, Hans C.**, «Abwägungsmängel bei Bebauungsplänen in der Praxis», *NJW*, 1993, pp. 3229-3236.
- SCHABER, Michael**, «Unbeachtlichkeit und Heilung von Fehlern bei Bauleitplänen und anderen städtebaulichen Satzungen nach dem Bau- und Raumordnungsgesetz 1998», *VBfBW*, 1998, pp. 161-164.
- SCHÄFER, Rudolf**, «Form- und Verfahrensfehler bei Bebauungsplänen und anderen baurechtlichen Satzungen», *NJW*, 1978, pp. 1292-1297.
- SCHÄFER, Rudolf y SCHMIDT-EICHSTAEDT, Gerd**, *Praktische Erfahrungen mit dem Bundesbaugesetz*, Knoth, Melle, 1984.
- SCHARMER, Eckart**, *Bebauungspläne in der Normenkontrolle. Ursachen und Folgen des Scheiterns von Plänen*, Deutsches Institut für Urbanistik, Berlin, 1988.
- SCHENKE, Wolf R.**, «Die Umdeutung von Verwaltungsakten», *DVBf*, 1987, pp. 641-654.
- «Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage», *NVwZ*, 1988, pp. 1-13.
 - «Reform ohne Ende. Das 6. Gesetz zur Änderung des VwGO und anderer Gesetze», *NJW*, 1997, pp. 81-93.
 - *Verwaltungsprozeßrecht*, Müller, Heidelberg, 1997.
- SCHLEZ, Georg**, «Die Fehlerquellen beim Bebauungsplan und das Abwägungsgebot des § 1.4.2 BBauG», *BauR*, 1974, pp. 289-293.
- SCHLICHTER, Otto**, «Baugesetzbuch oder Selbstkorrektur der Rechtsprechung», *ZfBR*, 1985, pp. 107-113.
- SCHMALZ, Hans K.**, «Die rückwirkende Inkraftsetzung eines Bebauungsplans», *DVBf*, 1981, pp. 328-333.
- «Rechtsfolgen der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften von Bauleitplänen nach § 214 BauGB», *DVBf*, 1990, pp. 77-81.
 - *Baugesetzbuch Kommentar*, (dir. Schrödter), Vahlen, München, 1992.
- SCHMIDT, Johann**, «Inzidente Prüfung und Verwerfung von Normen im Range unter dem Gesetz durch die Executive», *BayVBf*, 1976, pp. 1-6.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard**, «Die Novelle zum Bundesbaugesetz», *NJW*, 1976, pp. 1913-1918.
- «Unzulässige Sanktionierungen von Verfahrensfehlern beim Erlass von Satzungen», *VR*, 1978, pp. 85-89.
 - *Die Kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen*, Vahlen, München, 1981.
 - «Vorüberlegungen zu einem Städtebaurecht», *DVBf*, 1984, pp. 582-588.
 - «Kommunalrecht», *Besonderes Verwaltungsrecht*, (dir. Schmidt-Assmann), de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 1-100.
- SCHMIEMANN, Klaus**, «Behandlung rechtsfehlerhafter Bauleitpläne im Baugenehmigungsverfahren. Plankontrolle und Verwerfungskompetenz», *Festschrift für Felix Weyreuther*, Heyman, Köln, 1993, pp. 235-247.

- SCHMITZ-RODE, Wolfgang, «Das Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO) nach der 6. VwGO-Novelle», *NJW*, 1998, pp. 415-418.
- SCHNAPP, Friedrich E., «Die Nichtigkeit des Verwaltungsakts-Qualität oder Qualifikation?», *DVB*, 2000, pp. 247-250.
- SCHOCH, Friedrich K., «Heilung unterbliebener Anhörung im Verwaltungsverfahren durch Widerspruchsverfahren?», *NVwZ*, 1983, pp. 249-257.
- «Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen», *DÖV*, 1984, pp. 401-411.
- «El pensamiento procesal en el Derecho administrativo general. Derecho y realidad a los quince años de vigencia del VwVfG», *DA*, (trad. Nieto König), 235-236, 1993, pp. 277-311.
- SCHOETTL, Jean E., «Décisions du Conseil Constitutionnel. Fiscalité en Polynésie française», *AJDA*, 1997, pp. 963-969.
- SCHRAMMECK, Olivier, «Décisions du Conseil constitutionnel. Les validations législatives», *AJDA*, 1996, pp. 369-371.
- SCHWERTFEGGER, Gunther, «Rechtsfolgen von Abwägungsdefiziten in der Bauleitplanung. BVwewGE 64, 33», *JS*, 1983, pp. 270-273.
- SEBASTIÁN LLORENTE, Jesús J., «El dictámen del Consejo de Estado sobre reglamentos, caufística y sistemática jurisprudencial», *AA*, 8, 1993, pp. 135-143.
- «La información intraministerial de los proyectos normativos. El informe de la Secretaría General Técnica», *AA*, 16, 1998, pp. 339-368.
- «La información interministerial de los proyectos normativos. El proceso decisonal ante los órganos colegiados del Gobierno», *AA*, 35, 1998, pp. 731-771.
- SEGOVIA DE LA CONCEPCIÓN, Bella, «La devolución de ingresos tributarios indebidos por efecto de la nulidad del reglamento que amparaba la exacción», *REDF*, 102, 1999, pp. 323-333.
- SENDLER, Horst, «Grundsatz der Planerhaltung im Abwind?», *NJW*, 1999, pp. 1834-1835.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Irregularidad de los actos procesales», *NEJ*, Seix, Barcelona, 1968, t. XIII, pp. 687-692.
- «Jurisdicción», *NEJ*, Seix, Barcelona, 1971, t. XIV, pp. 391-415.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro L., «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 141-142.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña, «La aparente nulidad de los gastos contraídos sin crédito presupuestario: criterios para una reinterpretación del principio de especialidad cuantitativa», *REDF*, 101, 1999, pp. 35-70.
- SEVILLA MERINO, Ignacio, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 186 y ss.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de planes urbanísticos municipales*, Federació Valenciana de Municipis i Províncies, Valencia, 1994.
- SIERRA POMADES, M., «Nulidad», *EJE*, Seix, Barcelona, 1917, t. XXIII, pp. 519-516.
- SKOURIS, Wassilios, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Duncker Humblot, Berlin, 1973.

- «Die Rückwirkende Heilung formell fehlerhafter Steuervorschriften», *DVB*, 1975, pp. 357-362.
- SODAN, Helge, «Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern», *DVB*, 1999, pp. 729-738.
- SÖFKER, Wilhelm, «Zu den Unterschieden der Rechtskontrolle von Bauleitplänen durch die Genehmigungsbehörden und Gerichte aufgrund der § 115a bis 155c BBauG», *ZfBR*, 1979, pp. 191-194.
- «Zu einigen Fragen der Rechtswirksamkeit von Bebauungsplänen im Zusammenhang mit den Heilungsklauseln der § 155a bis 155c BBauG», *ZfBR*, 1981, pp. 60-66.
- «§ 1», *BauGB Kommentar*, (dirs. Ernst, Zinkahn y Bielenberg), Beck, München, 1989, t. I, pp. 1-273.
- SORIANO, Ramón, *Compendio de teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993.
- SORIANO GARCÍA, José E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SOTO KLOSS, Eduardo, «El cambio de circunstancias como causa de modificación o extinción del acto administrativo en el Derecho francés», *RAP*, 64, 1971, pp. 53-105.
- STEINBERG, Rudolf y BERG, Thomas, «Das neue Planungsvereinfachungsgesetz», *NJW*, 1994, pp. 488-491.
- STÖBER, Rolf, «Zur Teilnichtigkeit im öffentlichen Recht», *JA*, 1979, pp. 416-422.
- *Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, Kohlhammer, Stuttgart, 1996.
- STÜER, Bernhard, «Städtebaurecht 1998. Vom Grundsatz der Planerhaltung zum Grundsatz der Normerhaltung», *DVB*, 1997, pp. 1201-1211.
- STÜER, Bernhard y RUDE, Stefan, «Bauleitplanung. Städtebaubericht 1996 bis 1998», *DVB*, 1999, pp. 210-222.
- SUÁREZ COLLÁ, José M.^a, *El principio de retroactividad de las normas jurídicas*, Actas, Madrid, 1991.
- SUAY RINCÓN, José, «El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos», *RAP*, 124, 1991, pp. 249-262.
- «La doctrina de los principios generales del derecho y su contribución al desarrollo del Derecho administrativo», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 379-396.
- TAMARIT SUMALLA, José M.^a y RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José, «De la usurpación de atribuciones», *Comentarios al nuevo Código Penal*, (dir. Gonzalo Quintero Olivares), Aranzadi, Pamplona, 1996.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, «Efectos objetivos de la cosa juzgada», en *Efectos jurídicos del proceso*, *CDJ*, 1995, pp. 206 y ss.
- TEJEDOR BIELSA, Julio C., «Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre», *REDA*, 101, 1999, pp. 117-126.

- TEN BERGE, J. B. J. M., BOK, A. J., «El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo holandés», *CDPúbl*, 5, 1998, pp. 287-298.
- TESO GAMELLA, Pilar, «La cuestión de ilegalidad», *AA*, 40, 1998, pp. 861-872.
- TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1992.
- TORNOS MAS, Joaquín, «De nuevo sobre el control de los decretos legislativos: la declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de disciplina de mercado», *REDA*, 32, 1982, pp. 885-894.
- «Intervención en el coloquio», *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, (coord. Pérez Moreno), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 234 y 235.
- TOUVET, Laurent, «Valeur et portée des validations législatives. Devant le juge administratif», *RFDA*, 1998, pp. 160-176.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Juan M., *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Tecnos, Madrid, 1992.
- «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 831-868.
- «La supresión del recurso administrativo previo para la impugnación de reglamentos por la vía directa», *AA*, 17, 1994, pp. 259-262.
- «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *PJ*, 34, 1994, pp. 339-349.
- *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996.
- TRZASKALIK, Christoph, «Zu den Folgen, wenn das BVerfG Gesetze für nichtig erklärt», *DB*, 1991, pp. 2255-2258.
- ULE, Carl H. y LAUBINGER, Hans W., *Verwaltungsverfahrensrecht*, Heyman, Köln, 1995.
- URIÁS MARTÍNEZ, Joaquín P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- VALENCIA MARTÍN, Germán, «Legitimación de las Corporaciones Locales para impugnar reglamentos de ámbito nacional», *RLL*, vol. 4, 1985, pp. 391-398.
- VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín R., «La nulidad de disposición general en recurso extraordinario de revisión: contradicción entre sentencias», *REDA*, 68, 1990, pp. 627-637.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996.
- VICIANO PASTOR, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VILLAR EZCURRA, José L., «En torno a la naturaleza jurídica de los planes de urbanismo», *RDU*, 64, 1979, pp. 13-93.
- VILLAR PALASÍ, José L., «La doctrina del acto confirmatorio», *RAP*, 8, 1952, pp. 11-66.

- *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968.
- VILLAR PALASÍ, José L. y SUÑE LLINAS, Emilio, «Artículo 9º. El Estado de Derecho y la Constitución», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil), EDERSA, Madrid, 1996, t. I, pp. 467-582.
- VILLAR PALASÍ, José L. y VILLAR EZCURRA, José L., «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro Derecho», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 79-104.
- *Principios de Derecho administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1999, t. I y II.
- VIRGALA FORURIA, Eduardo, «De nuevo sobre los Decretos Legislativos», *REDC*, 56, 1999, pp. 43-74.
- VOLKMAR, Dieter, *Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Versuch einer begrifflichen Abgrenzung*, Dunker & Humblot, Berlin, 1962.
- VON ARNAULD, «Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», *JZ*, 2000, pp. 276-280.
- VON DANWITZ, Thomas, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- VON MUTIUS, Albert, «Rechtsnorm und Verwaltungsakt», *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H. J. Wolff*, Beck, München, 1973, pp. 166-218.
- «Zur Teilnichtigkeit kommunaler Satzungen», *VerwArch*, 1974, pp. 91-98 y 319-320.
- «Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Abgabensatzungen», *VerwArch*, 1979, pp. 73-80.
- VON MUTIUS, Albert y HILL, Hermann, *Die Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinden*, Reckinger, Siegburg, 1983.
- VOSSKUHL, Andreas, «Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte», *AöR*, 125, 2000, pp. 177-201.
- WAGNER, Jörg, «Der Entwurf der Novelle des Baugesetzbuchs», *DVBt*, 1996, pp. 704-704.
- «Bauleitverfahren. Änderungen durch die BauGB-Novelle 1998», *BauR*, 1997, pp. 709-721.
- WEISSAUER, Walthor, «Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Normen», *DÖV*, 1970, pp. 325-330.
- WEYREUTHER, Felix, «Zur richterlichen Umdeutung von Verwaltungsakten», *DÖV*, 1985, pp. 126-136.
- WILHELM, Dorothee, «Präklusionswirkungen für das kommunale Beanstandungsrecht», *NVwZ*, 1984, pp. 424-425.
- WILKE, Dieter, «Teilnichtigkeit von Bebauungsplänen», *Planung und Plankontrolle. Festschrift für Otto Schlichter*, Heymann, Köln, 1995, pp. 567-582.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1887, t. III.

- WOLFF, Hans J., BACHOF, Otto y STÖBER, Rolf, *Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1994, t. I.
- WÜRTENBERGER, Thomas, «Aceptación a través del procedimiento administrativo», *DA*, 235-236, 1993, pp. 313-333.
- XIOL RÍOS, Juan A., «Revisión de disposiciones y actos nulos», *Comentarios a la Reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 123-130.
- ZIEGLER, Wolfgang, «Ausfertigung und Heilung von Ausfertigungsmängeln bei Bebauungsplänen», *NVwZ*, 1990, pp. 533-535.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994.