

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 16. Diciembre 1989

Asís Roig, Agustín de

Profesor titular interino de Derecho administrativo (Universidad Complutense de Madrid)

LOS EFECTOS DE LA OMISIÓN DEL DICTAMEN PRECEPTIVO DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Estudios

Serie: *Contencioso - Administrativo*

VOCES: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. DISPOSICIONES GENERALES. ELABORACION. DICTAMEN PRECEPTIVO. CONSEJO DE ESTADO. OMISION. IMPUGNACION. NULIDAD ABSOLUTA. REGLAMENTO. RECURSO. TRIBUNAL SUPREMO. JURISPRUDENCIA.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. El dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales
 - 1. El valor del procedimiento de elaboración de Disposiciones generales
 - A. El valor del procedimiento administrativo en general
 - B. El procedimiento de elaboración de las Disposiciones generales
 - 2. El valor de la intervención del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones de carácter general
 - A. La posición del Consejo de Estado
 - B. La intervención del Consejo de Estado por la función que desarrolla
 - C. El Consejo de Estado y el proceso de elaboración de las normas
- III. La impugnación de disposiciones generales y la omisión del Dictamen del Consejo de Estado en la jurisprudencia
 - 1. El control de la omisión del Dictamen del Consejo de Estado: un factor relevante, la impugnación en vía directa y en vía indirecta
 - 2. La omisión del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la impugnación indirecta de los reglamentos
 - A. El origen: la impugnación del reglamento de regulación del impuesto de gravámenes interiores
 - B. La confirmación de esta línea: la no admisibilidad de los defectos de procedimiento de normas al impugnar los actos dictados en ejecución de las mismas
 - C. La evolución posterior: la consolidación del criterio
 - a) La doctrina clásica inoponibilidad de este defecto por estar reducida esta vía a los vicios de nulidad

- b) La doctrina de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1987
- D. La inalegabilidad de los efectos de procedimiento en la impugnación indirecta de disposiciones generales
 - a) Acotaciones al concepto restrictivo de las nulidades en las Disposiciones generales
 - b) La idea diferencial del recurso indirecto
 - c) ¿Existe realmente un recurso indirecto contra disposiciones reglamentarias generales?
- E. ¿Constituye la sentencia de la Sala Cuarta, de 2 de junio de 1987, el retorno a la consideración de las normas de procedimientos como *interna corporis acta*?
 - a) ¿Es el Consejo de Estado un órgano de control?
 - b) ¿La inaplicabilidad del artículo 53.5 significa otorgar a los tribunales una facultad de convalidación o confirmación de actos o disposiciones administrativas anulables?
 - c) Plenitud jurisdiccional y economía procesal *contra cives*
 - d) Colaboración a la formación de la disposición y aprobación de la misma
- F. Examen sobre la oportunidad de anular disposiciones en vía indirecta por defectos de forma
- 3. La omisión del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la impugnación directa de reglamentos
 - A. La regla general: la nulidad del reglamento
 - B. El proceso de relativización en vía directa: la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1987
 - a) Proporcionalidad entre defecto y reacción del ordenamiento respecto del mismo
 - b) El carácter consultivo del dictamen y su consecuencia de suficiencia de la evacuación formal del trámite
 - c) La sentencia de 7 de mayo de 1987
- IV. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCION

La amplia y variada potestad normativa de la Administración es, a la vez, uno de los rasgos más característicos de nuestra situación Jurídico-política, y uno de los problemas más importantes del Derecho público (1). Frente al hecho de que en la actualidad parezca haberse consumado un verdadero cambio de perspectiva en el Derecho público -así lo exigió la circunstancia de tener que construir la base para esa siempre inacabable obra de erigir un edificio constitucional marco de convivencia-, debemos indicar que tal cambio no debe producir un detrimento en la profundización de temas tales como el control de la potestad reglamentaria. J. BERMEJO VERA -tratando un tema muy cercano a la reflexión que queremos realizar aquí- llamó tempranamente la atención sobre este tema indicando que *el abandono de los campos tradicionales de estudio podría significar un grave riesgo para el avance en los logros conseguidos*: «La "lucha por las fuentes del Derecho" debe plantearse en todos los frentes si se quiere otorgar el auténtico significado al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.º de la Constitución » (2).

Además, probablemente, muchas de las deficiencias actuales de nuestro sistema de Derecho administrativo puedan ser superadas mediante la reflexión sobre el análisis de las técnicas existentes, confrontarlas con las exigencias de eficacia que de las mismas cabría esperar y perfeccionarlas. Y ello tiene como premisa insoslayable el análisis de esas técnicas por sus efectos y la valoración de su evolución.

La relativización de los cauces formales de producción normativa es una buena muestra de ello. Tal «reducción» se cubre por la exigencia de un enjuiciamiento material y de fondo del asunto. Sin embargo, cuando dicho principio opera sobre el problemático tema del ejercicio por la potestad reglamentaria es preciso un esfuerzo de reflexión sobre cuáles puedan ser las consecuencias de tal línea.

II. EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACION DE DISPOSICIONES GENERALES

1. EL VALOR DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACION DE DISPOSICIONES GENERALES

A. El valor del procedimiento administrativo en general

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo, «el procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin» (3). Dentro del Derecho, administrativo la idea de procedimiento desempeña un papel fundamental. Constituye un requisito general de la actividad administrativa (4) que condiciona su validez y su eficacia (5). Este papel no es sino el reflejo de la función de *garantía* que desenvuelve esta idea.

Como recuerdan GARCIA DE ENTERRIA. y FERNANDEZ RODRIGUEZ (6) corresponde a A. MERKL el mérito de haber dotado de sustantividad jurídica al procedimiento administrativo (7). A través de la profunda similitud entre procedimiento administrativo y proceso judicial, pues ambos constituyen el cauce formal legítimante de la aplicación o concreción de mandatos normativos de niveles superiores (8), es como se va a configurar el procedimiento como garantía (9). Esta se proyecta no sólo en el plano de la legalidad, en cuanto que la Ley prescribe el cauce de expresión de la Administración (10), sino también funcionalmente. Este último plano tiene una doble proyección: a) como garantía del interés público, al constituir un presupuesto de eficacia en la satisfacción del interés público que se pretende actuar con el ejercicio de la competencia -ya que implica la participación de los órganos especializados y de los interesados, según el ritmo marcado por la propia norma-, y b), además, como garantía de los derechos e intereses privados que se verán beneficiados no sólo por el acierto de la medida, sino en cuanto que las situaciones jurídicas se verán únicamente en la medida en que la legalidad y el interés público lo demanden (11).

Más problemático que esta caracterización es determinar qué incidencia concreta debiera tener la infracción de las normas que disciplinan esta institución. Por un lado, parece consustancial a la teoría del acto administrativo -y del principio de ejecutividad (12) la reducción e interpretación restrictiva de las causas de invalidez. A esto puede añadirse la eficacia de principios como el carácter antiformalista del procedimiento, enfáticamente proclamado en la Ley (13) economía procesal (14) o de preferencia del enjuiciamiento sobre el fondo respecto de los defectos de forma, que obligan a relativizar estos requisitos. Por estas razones parece que estas irregularidades sean tratadas con menor rigurosidad que las infracciones materiales. Como ha documentado GONZALEZ PEREZ, esta idea formaba parte de nuestro ordenamiento antes de la Ley de Procedimiento, aunque ésta la recoge de forma inequívoca (15). Así, en principio, incluido el procedimiento dentro del concepto de forma del acto de la Administración, la Ley de Procedimiento proscribió únicamente como causa de nulidad el supuesto contenido en el artículo 47.1.c):

«Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

c) Los dictados 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» (16)

El resto de las irregularidades de forma tan sólo «determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados» (art. 48.2. LPA), completándose esta técnica con la consideración de que las «actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido sólo implicarán la anulación si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo» (art. 49 LPA).

En definitiva, y sin perjuicio de la extensión que cierta jurisprudencia ha realizado en relación con el supuesto del apartado c) del párrafo 1 del artículo 47 LPA, equiparando a la omisión del procedimiento la utilización de uno diferente al previsto, o la omisión de los trámites esenciales de todo procedimiento (17), parece confirmarse esa «relativización» del procedimiento en favor de la resolución sustancial del acto.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que -sin entrar en consideraciones de orden general respecto de la inherencia de la sanción o represión al mandato jurídico, tema que desborda las finalidades del presente trabajo- *debilitamiento de la protección de las normas puede llevar al incumplimiento de aquéllas o a la irrelevancia práctica de sus disposiciones*. Sin perjuicio de reconocer la necesidad de esa primacía de la justicia material, sobre el fondo de los asuntos, y que la forma, en este caso el procedimiento, no se interponga en la realización material del derecho, tenemos que plantearnos *qué nos jugamos en la relativización de la forma*.

Para resolver esta cuestión es forzoso traer aquí el papel funcional del procedimiento. Este es fundamentalmente una garantía, tanto del Derecho de los administrados como del interés público. Ambos intereses no se agotan en su consideración aislada, sino que también tiene un *sentido relacional*. Es interés de los particulares que la cosa pública se gestione de la mejor forma posible, no sólo en cuanto que de la misma pueden obtener algún beneficio, sino también en cuanto que las medidas de sacrificio que impongan en la satisfacción de una necesidad social sean lo menos gravosas posible. Por otro lado, también forma parte del interés público la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, en cuanto que i) son parte del conjunto de los intereses generales, ii) permiten incrementar el grado de consenso social alrededor de la actividad de la Administración y iii) en consecuencia, pueden eliminar las resistencias sociales a la actividad de aquélla con el incremento correlativo de eficacia que de ello se deriva (18). El cumplimiento del procedimiento se erige como un verdadero presupuesto de la eficacia material y formal de la actividad administrativa (19).

Las anteriores afirmaciones tienen una especial significación. El procedimiento tiende a garantizar, al menos en mayor medida que si no se siguiera, el acierto del acto o disposición. De esta forma esta institución se erige en instrumento fundamental en la búsqueda de una acción más eficiente, más adecuada con la ley y los fines que la justifican (20). En definitiva, se trata de garantizar el acierto de la medida *ex ante*, sin perjuicio del control *ex post* que realicen los Tribunales, como han indicado GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ recogiendo ideas de ISAAC:

«La garantía procedimental completa, también, de algún modo, la garantía judicial... desde dos perspectivas adicionales. *Por una parte, por que aquélla entra en juego a posteriori, revisando ex post facto conductas cumplidas cuya potencialidad lesiva no siempre puede contrarrestarse debidamente por la dificultad intrínseca de repristinar las situaciones ilegalmente alteradas. Por otra parte, porque la garantía procedimental opera incluso en el ámbito de la simple oportunidad, aspecto éste que escapa al control judicial, que es y no puede dejar de ser un control de Derecho*» (21).

Esta virtualidad del procedimiento se hace en nuestros días especialmente necesaria debido a la profunda crisis de los cauces tradicionales de control y revisión de la actividad administrativa, que hacen

que los órganos del poder judicial carezcan de instrumentos adecuados para corregir una deficiente actuación administrativa, o que la resolución llegue demasiado tarde para la corrección de la medida ilegal, ejecutada y consumada al amparo de la presunción de validez que el Ordenamiento dispensa a los actos de la Administración. La protección del procedimiento se constituye así en una medida que facilita el acierto material de la resolución o disposición, implicando así los términos de la tradicional tensión entre justicia formal y justicia material, de tal forma que la primera se constituye en un presupuesto de la segunda . (22)

En todo caso, si bien hay que reconocer que cualquier solución que quiera darse a esta ecuación nunca será pacífica, y que, evidentemente, los requisitos formales no deben convertirse en un obstáculo formal para la resolución material de un conflicto jurídico, la inanidad de la protección de esta forma debilita las posibilidades de acierto de la actuación administrativa, a la vez que puede Nevar la consideración de los trámites de procedimiento a la categoría de los *interna corporis acta* (23) sin apenas relevancia jurídica exterior, verdadero retroceso, a nuestro juicio, en relación con la concepción del Procedimiento administrativo como cauce formal y garantía.

B. El procedimiento de elaboración de las Disposiciones generales

La Ley de Procedimiento Administrativo, huyendo de una «ordenación rígida y formalista de un procedimiento unitario en el que se den todas aquellas actuaciones integradas como fases del mismo, y, en consecuencia, no regula la iniciación, ordenación, instrucción y terminación como fases o momentos preceptivos, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no según la naturaleza y exigencia propias del procedimiento de que se trate» (24). Junto a las normas sobre actuaciones-tipos la Ley regula un «procedimiento especial de elaboración de Disposiciones generales» que la misma. Exposición de Motivos caracteriza funcionalmente por «tratar de asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición, mediante los correspondientes estudios e informes previos, al mismo tiempo que permite conocer la opinión de los administrados a través del trámite de información que, con las naturales cautelas, se prevé» . (25)

El valor concreto de estas normas no está claro -como veremos más adelante y en gran medida es responsable de nuestro estudio. Para tratar de situar nuestra reflexión indicaremos:

a) En primer lugar, la regulación es en principio aplicable únicamente al Estado y a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las particularidades derivadas de su propia organización (26)

b) Se trata de un procedimiento especial; sin embargo, no parece que todos sus trámites sean aplicables a todos los supuestos, debiéndose distinguir aquellos que tienen un alcance general, como son los casos de iniciación y documentación del proyecto de disposición (27), informes preceptivos (28) participación (29) y publicación (30), de aquellos que sólo se producirán en algunas ocasiones (31)

c) En este procedimiento no se regulan la totalidad de las formalidades del procedimiento de elaboración. Al contrario, sólo se disciplinan aquellos trámites mínimos y comunes a toda disposición, sin perjuicio de que la norma establezca otros requisitos adicionales, posibilidad de la que se hace eco la propia LPA, en el artículo 130.3 LPA, en relación con los dictámenes que deban reclamarse.

Menos acuerdo aún podemos encontrar en cuanto a la eficacia de estos defectos sobre la validez de la norma. Aun cuando ciertos trámites parecían haber quedado constitucionalizados, como es el caso del de la participación (32) sin embargo no podemos encontrar una interpretación unánime de esta incidencia (33).

La cuestión tiene ya una dificultad inicial en el hecho de la problemática regulación de los efectos de las irregularidades formales a la que ya hemos hecho alusión. No obstante, en el régimen específico de las Disposiciones la complejidad es mayor. La regla que determina la invalidez de las normas reglamentarias se encuentra en el artículo 47.2 LPA, que indica:

«2. También serán nulas de pleno derecho las Disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.»

Esta remisión al artículo 28 LRJAE es objeto de un nuevo reenvío puesto que dicho artículo indica:

«Serán nulas de pleno derecho las Disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores.»

Desde muy temprana época la doctrina advirtió sobre las dificultades de esta tan genérica remisión. En efecto, el artículo 28 LRJAE se encuentra dentro del Título III de la Ley, denominado «De las disposiciones y resoluciones administrativas » y que empieza con el artículo 23 LRJAE. En consecuencia, el rango máximo de la referencia del artículo 28 LRJAE, -ámbito determinante de las causas de nulidad de la disposición- sería el comprendido entre los artículos 23 al 27, ambos inclusive.

Dentro de este ámbito se regulan cuestiones de naturaleza diversa. En este sentido se sanciona el principio de jerarquía (art. 23 LRJAE), se establece la denominación de las disposiciones (arts. 24 y 25 LRJAE), al igual que se sanciona la sumisión del reglamento a la Ley (art. 26 LRJAE), así como la imposibilidad de ejercicio de la potestad reglamentaria independiente o fuertemente innovativa en determinadas materias (reserva material de Ley, artículo 27 LRJAE).

A) Esta diversidad de contenidos hizo que ya en los primeros años sesenta, GARRIDO FALLA reclamara la necesidad de interpretación restrictiva de la remisión del artículo 28 LRJAE, que se referiría únicamente a la infracción material del reglamento, siendo las restantes infracciones -entre ellas las de procedimiento- de mera anulabilidad por no encontrarse comprendidas en el artículo 47 LPA (34). Además, el autor añade algunas dificultades adicionales para admitir una eficacia radical de las irregularidades de procedimiento sobre la disposición, como son i) las dificultades de conjuntar la sanción de la nulidad con el carácter preclusivo de los plazos de recurso y ii) la dudosa legitimación que pudieran ostentar los particulares debido al carácter de normas de relación que tienen las de procedimiento, lo que las hace permanecer ajenas al ámbito de los intereses y derechos de los particulares (35).

Esta argumentación ha sido mantenida y desarrollada con posterioridad por otros autores. BOQUERA OLIVER (36) mantiene que los radicales efectos de la nulidad requieren una interpretación restrictiva de sus causas al igual que en el caso de los actos administrativos (37); por ello, la sanción de nulidad sólo puede darse bien cuando la oposición entre reglamento y ley se produce en su contenido, o bien por razones de forma cuando se den algunas de las causas previstas en el artículo 47.1 LPA (38). En el mismo sentido puede citarse una consolidada línea jurisprudencial que incorpora este criterio (39) apoyada en el principio favor acti (40), o añade otros como es el de la proporcionalidad del vicio y de su eficacia sobre la validez de la disposición (41).

B) Por el contrario, otro gran sector doctrinal entiende como única forma de invalidez la nulidad (42). En concreto, la argumentación es la siguiente:

a) La ilegalidad de un reglamento se traduce en la transgresión de la ley, que implica la conculcación de la jerarquía normativa que en nuestro Derecho está sancionada con la nulidad radical conforme al artículo 1.2 del Código Civil (43) y, en consecuencia, en cuanto que no puede prevalecer una norma reglamentaria en contra de lo establecido la ley, aquélla debe ser eliminada, sin que pueda ser convalidada bajo ninguna condición. De lo contrario se estaría ante la posibilidad de que una disposición administrativa prevaleciera -o derogara- una de rango legal (44).

b) La doble remisión, entre los artículos 47 LPA y 28 LRJAE, debe entenderse hecha a los artículos 23

a 27 LRJAE, de los cuales, en concreto el artículo 23 -que sanciona el principio de jerarquía (45)- y el 26 -que consagra la sumisión del reglamento a la ley (46) al prohibir las transgresiones de la ley al reglamento no hace distinciones por la cualidad material o formal de la norma violada (47) , de donde se deduce que *cualquier oposición a una disposición, ya sea formal o material, genera la nulidad de la norma*. También existe jurisprudencia que sostiene este criterio, como recientemente manifiesta la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1986 (48).

La admisión de una u otra postura tiene importantes consecuencias a la hora de determinar el régimen de validez de los reglamentos en relación con sus requisitos formales. Mientras que en la primera la nulidad de la disposición se produciría tan sólo en caso de discrepancia material con la ley o invasión de la reserva de ley, y, por tanto, el resto de las irregularidades se guiarían por el régimen previsto para los actos -que en general implica una posición muy debilitada de los requisitos formales, al situarlos, en su mayor parte, bajo la idea de anulabilidad o irrelevancia-, la segunda implica que cualquier irregularidad formal merece la nulidad de la disposición (49).

Las diferencias entre una y otra postura se proyectan, incluso, sobre el propio sistema de control, en cuanto pueden significar la imposición de unas limitaciones temporales (tiempo de interposición del recurso) y materiales (motivos de impugnación) cuya aceptación es preciso meditar y, en su caso, confirmar o rechazar, recordando siempre que, sin perjuicio de la protección de la proyección material de la resolución, el debilitamiento o «relativización» de las formalidades significa renunciar a unas garantías tendentes a asegurar el acierto de la medida en la resolución misma y no después de su eficacia, como consecuencia del ejercicio de funciones de control (50).

El dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales -en los casos en que es exigido por el Ordenamiento con tal carácter- nos da una oportunidad de reflexionar en este sentido.

2. EL VALOR DE LA INTERVENCION DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA ELABORACION DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

Si la función principal del procedimiento es la de garantía para analizar el peso relativo de un trámite dentro del procedimiento será preciso establecer la función que desempeña respecto de aquélla. En el presente caso la relación entre trámite y procedimiento ha de realizarse sobre la definición de tres cuestiones: i) la caracterización del órgano encargado de evacuarlo, ii) el sentido del concreto trámite en que interviene tal órgano y iii) la relación entre el trámite, el procedimiento y el resultado.

A. La posición del Consejo de Estado

Sin podernos detener en los concretos antecedentes de este «supremo órgano consultivo del Gobierno», como lo define el artículo 107 CE (51), hay que indicar que durante el proceso constituyente fue objeto de una importante polémica relativa tanto a la procedencia de constitucionalización de algunas de sus funciones como a la subsistencia misma de cualquier referencia en nuestro Texto fundamental (52) . Resultado de tal controversia es la actual regulación constitucional de este Organismo Consultivo, que se limita a definirlo funcionalmente y a establecer que una «ley orgánica regulará su composición y competencia».

De esta parca regulación constitucional ya se desprenden algunos de los caracteres que iban a identificar su régimen en la Legislación de desarrollo de nuestro Texto fundamental: i) se trata de un órgano consultivo, ii) supremo -lo que implica que no caben consultas tras sus informes- y iii) su labor de asesora-

miento recae sobre el Gobierno. Dentro de este último carácter se discute el sentido que hubiera que dar al término gobierno: si se adopta un sentido *subjetivo* su actividad consultiva se extendería únicamente a las actividades del Gobierno central, a diferencia de que se interpretara en sentido *objetivo*, en cuyo caso su actividad consultiva debiera extenderse a toda actividad de gobierno con independencia del nivel territorial al que nos refiramos (53)

Las previsiones de desarrollo constitucional fueron cumplidas mediante la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (54). La regulación confirma las grandes líneas que hemos descrito en el párrafo anterior, precisándolas de acuerdo con la tradición de este Cuerpo Consultivo. En este sentido, debemos resaltar, a los efectos de nuestro estudio, las siguientes peculiaridades:

a) Se confirma su carácter *consultivo* (55), que en palabras de FONT I LLOVET, consistiría en «la atribución por ley de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio a los demás órganos» (56) constituyéndose en elementos que colaboran a la formación del juicio o mandato que recogerá al acto o disposición administrativa.

b) Sin embargo, esta función consultiva tiene unas importantes *peculiaridades* dentro del órgano que estudiamos, que no se deriva únicamente de su carácter supremo. Entre estas peculiaridades debemos resaltar: i) la *especial atención que debe prestarse a la adecuación de la actividad administrativa a la Constitución y al resto del ordenamiento*, que se establece en el artículo 2.1, primer inciso (57) ; ii) la *posibilidad de valoración de los aspectos de oportunidad no sólo a petición del órgano que solicite la consulta, sino también cuando lo estime oportuno*, que también figura en el apartado 1 del artículo 2º (58). Esta independencia -que constituye ya una alteración del régimen ordinario de los informes, vinculados a las cuestiones que expresamente se les susciten (59) se proyecta de forma especial en cuanto que iii) puede formular «las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugiera» (60)

c) Otro ejemplo diferencial de este órgano consultivo se deriva de su *posición orgánica*. En la Ley existe una preocupación fundamental de garantizar independencia que asegure la objetividad de sus dictados. Concretamente, i) el artículo 1.2 indica que «ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes» y ii) «el Consejo de Estado elaborará su presupuesto, que figurará como una sección dentro de los Presupuestos Generales del Estado» (61)

d) Por último debemos referirnos a la especial *auctoritas* que ha adquirido este órgano, refiriéndome en este punto, i) no sólo al prestigio acumulado históricamente en el desempeño de sus funciones, sino también ii) por el cuidado que la ley pone al determinar qué condiciones han de reunir sus miembros (62) y iii) la especial fuerza que la legislación da a sus dictámenes y que se plasma en el artículo 2.5:

«Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo.»

Esta «especial» posición como órgano consultivo, así como el prestigio de sus opiniones jurídicas, han *deslizado* su función consultiva hacia un verdadero control, que la doctrina identifica y denuncia como corrupción de su definición inicial (63). Incluso algún autor ha proclamado la necesidad de que recobre este carácter consultivo propugnando el incremento en el uso de la potestad de propuesta, que hemos visto tiene por ley, ayudando a las autoridades administrativas a resolver los problemas que tuvieren (64). Sin embargo, *tal deslizamiento, provocado más por la posición consultiva del Consejo y la autoridad de sus actos que por una definición legal de competencias, que no oculta su razón de ser como es la función consultiva de Gobierno, sin perjuicio que sus dictámenes sirvan de elementos de depuración y perfección*

técnica de la actividad de la Administración (65)

B. La intervención del Consejo de Estado por la función que desarrolla

En el apartado anterior hemos ya puesto de relevancia algunas peculiaridades de la función consultiva desarrollada por el Consejo de Estado. Sin embargo, en cuanto no fue abordado en el apartado dedicado al valor del procedimiento en general, bueno será el recordar algunas notas relativas al régimen general previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, fundamentalmente a efectos de la validez.

La resultante de la regulación no es fácilmente interpretable. Debemos tener en cuenta que: i) *en general los informes no son vinculantes más que en aquellos casos que expresamente lo prevea una ley* (art. 85 LPA); ii) «De no recibirse el informe en el plazo señalado, podrán proseguirse las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad en que incurriere el funcionario culpable de la demora» (66) ; y sin embargo, iii) no es posible la convalidación de los actos en los casos de omisión de informes o propuestas preceptivas por emisión *a posteriori* del trámite conforme al artículo 53 LPA.

Indudablemente, el último precepto, que se refiere a los informes preceptivos, está motivado por considerar que dichos informes se consideran parte imprescindible del proceso de decisión que significa el procedimiento como elementos de juicio. Pero si esto es así, ¿cómo explicar la posibilidad de continuar el procedimiento, cuando se omite este trámite, como indica el artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento? Aparentemente la cuestión podría entenderse en la necesidad de no interrumpir la tramitación. Sin embargo, ésta deberá de interrumpirse, cuando menos, si el informe es preceptivo, antes de la resolución. Pero además existe una contradicción implícita entre el artículo 86.3 y el 53.5 de la Ley. Si el informe se produce en un momento es evidente que es porque se piensa que puede orientar ese proceso de decisión. Sin embargo, no se interrumpe la tramitación. Sería paradójico que por no suspender el procedimiento en tanto no se evacuara la consulta hubiera que repetir las actuaciones posteriores, porque el informe introdujera elementos de juicio que diversificaran el camino de la decisión. En definitiva, se daría una aceleración temporal, que en realidad sería un retraso. Únicamente se nos ocurre una solución lógica, como es que tal precepto sólo es aplicable respecto a los informes no preceptivos (67).

En todo caso, parece clara la insanabilidad de la omisión de los informes preceptivos conforme indica el artículo 53.5 de la Ley (68), lo cual no prejuzga el tipo de invalidez, aunque por la imposibilidad de convalidación se acerca al tipo nulidad (69) . De esta opinión se aleja F. GONZALEZ NAVARRO (70), y más recientemente DE DIOS VIETIEZ (71) que argumentan: 1) el carácter meramente instrumental de los informes, 2) su carácter de irregularidad reconducible a la mera anulabilidad de la norma, ya que constituiría una infracción del ordenamiento, 3) que el artículo 53 únicamente limita las facultades de convalidación de la Administración, pudiendo los Tribunales enjuiciar materialmente el reglamento y declarar su conformidad con el Derecho, con lo que se trataría de una irregularidad formal que deberá seguir en su caso el régimen del artículo 48.2 LPA (72). Sobre estos razonamientos volveremos más adelante, ya que esta doctrina ha sido utilizada por el propio GONZALEZ NAVARRO como ponente en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En definitiva, podemos ver cómo las consultas preceptivas merecen una protección especial como trámite formal, en cuanto puedan incidir o participar. en el proceso complejo de la formación de la disposición o resolución administrativa, estando en la actualidad sometido a discusión el alcance de esta protección, en el sentido de si opera únicamente frente a la Administración o también debe ser apreciada por los Tribunales.

En el caso del dictamen del Consejo de Estado también existen ciertas peculiaridades que es preciso resaltar. Debemos recordar la especial posición que ostenta el Consejo de Estado, que permite reforzar su

intervención como órgano independiente en el procedimiento. Sus juicios, en hipótesis al menos, *lejos de la estructura jerárquica* que afecta a otros órganos, y a través de los que la Administración activa puede interferir u «orientar» en un sentido o en otro la consulta, *parecen permitirnos presumir la existencia de una mayor objetividad y adecuación a los fines de la actividad administrativa*. En este punto se constituyen en una garantía fundamental de acierto.

Sin embargo, también de aquí deriva su fundamental debilidad de hecho. *El Consejo de Estado, al ser el último órgano actuante informa el expediente instruido y acabado*. Si a esto añadimos, por un lado, la *especialización jurídica* -en gran parte origen de su propio prestigio-, y la existencia de supuestos en que su contenido vinculan deslizamiento a la función de control a la que con anterioridad hemos aludido. *El grado de desviación de la función consultiva hacia el mero control de legalidad determina su mayor o menor valor en la formación de la voluntad administrativa*.

C. El Consejo de Estado y el proceso de elaboración de las normas

La incidencia de la actividad del Consejo de Estado en el procedimiento puede definirse con relación a dos criterios: el primero, *objetivo*, por la descripción respecto a qué instrumentos normativos, y el segundo, *subjeto*, por la individualización de qué Administraciones deben someter sus normas reglamentarias a su consulta.

A. Dentro del primero de los parámetros hay que indicar que debe informar preceptivamente en los siguientes casos:

a) En *Pleno*: i) proyectos de Decretos legislativos; ii) anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios colectivos o acuerdos internacionales; iii) anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que sea su rango y objeto que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado (73).

b) En *Comisión Permanente*: i) en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado; ii) disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales; iii) disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución de leyes, así como sus modificaciones; iv) anteproyectos de Ley Orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; v) impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional (74).

B. Por razón del *sujeto*, la Ley planteó plenamente la tensión interpretativa entre la concepción objetiva y subjetiva del término de Gobierno-que, como vimos, se introducía en las primeras interpretaciones de la Constitución-, al indicar el párrafo segundo del artículo 23 LOCE:

«El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes. »

En este sentido J. M. RODRIGUEZ OLIVER entendía consagrada la interpretación objetiva y, por tanto, el deber de las Comunidades Autónomas de recabar el dictamen en los mismos casos previstos para el Estado (75). Sin embargo, una jurisprudencia posterior parece haber dado un giro a la cuestión consagrando un sentido subjetivo, como ha resaltado recientemente J. MESTRE DELGADO (76) , en comentario a la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1988 (77) en la que se declarará

inaplicable la exigibilidad del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en los Reglamentos que desarrolle competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas (78), en cuanto puedan significar una conculcación de su autonomía. Declaración que ya había sido proclamada en otra sentencia de la misma Sala Cuarta, de 12 de mayo de 1987 (79) y ha sido confirmada por la sentencia de la misma Sala, de 21 de junio de 1988 (80). Por el contrario, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 1988 (81) lo ha declarado exigible cuando el reglamento se dictare en ejercicio de la competencia de desarrollo dictada en ejecución de una normativa del Estado dictada con carácter básico (82).

Delimitado el ámbito de competencia del Consejo de Estado, respecto de la producción normativa de la Administración podemos extraer una idea de la importancia de la misma, tanto cuantitativa -si bien hay que destacar que curiosamente los llamados reglamentos independientes no son sometidos a su conocimiento (83)_ COMO cualitativamente, derivado de las especiales características de la función que desarrolla este Alto Cuerpo Consultivo. Como indican GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ:

«El dictamen del Consejo de Estado no es una pura formalidad, sino una garantía de perfección técnica y de acierto, mucho más en casos como éste se refieren al reglamento ejecutivo, que será del que principalmente nos ocuparemos en que el concurso de Ley y Reglamento obliga a éste a un cuidado exquisito. El Consejo es un órgano de reconocida competencia técnica, apartado además de las tensiones inmediatas y de buena parte de las disfuncionalidades burocráticas que crea inevitablemente la acción de los órganos de la Administración activa, dotado por ello de una independencia de criterio muy superior a la de los despachos ministeriales. Su intervención en la elaboración y preparación de los textos reglamentarios suele ser, por ello, mucho más amplia que en otros sistemas. El supuesto legal que entre nosotros le impone no sólo no hay razón técnica alguna para restringirlo en vía interpretativa, sino más bien lo oportuno sería una extensión del mismo como justificado en razones objetivas indiscutibles» (84)

Por contra, también existen argumentaciones partidarias no tanto de su reducción como de su relativización, a las que ya hemos hecho alusión y que han tenido un reciente y prolijo reflejo jurisprudencial que obliga a un estudio del significado y alcance del mismo.

III. LA IMPUGNACION DE DISPOSICIONES GENERALES Y LA OMISION DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA

1. EL CONTROL DE LA OMISION DEL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO: UN FACTOR RELEVANTE, LA IMPUGNACION EN VIA DIRECTA Y EN VIA INDIRECTA

En nuestro Ordenamiento los Tribunales de lo contencioso-administrativo pueden conocer de la validez de los reglamentos en dos vías: *control directo* y *control indirecto* (85).

Ambas vías se encuentran reguladas en la Ley de la jurisdicción, y no parece que los proyectos de modificación que se han elaborado vayan a alterar el esquema que queda plasmado en los artículos 37 y 39 LJCA.

El primero de los artículos indicados señala en su párrafo 1:

«El recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan

término a aquélla o hagan imposible o suspendan su continuación.

3. La impugnación de disposiciones de carácter general se atenderá a lo previsto en el artículo 39.

Por su parte este artículo, indica:

«1. Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, así como las de las Entidades locales e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa.

2. También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

3. No obstante, serán asimismo impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieran de ser cumplidas por los administrados, directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual.

4. La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo segundo.»

El mantenimiento de ambas vías tiene una sólida base. Mientras que el recurso directo está sometido a los plazos perentorios característicos de los recursos administrativos, transcurridos los cuales el reglamento devendría inexpugnable, a través del recurso indirecto se permite cuestionar la validez del reglamento cada vez que sea aplicado, impidiendo la anomalía de conservación de un reglamento ilegal dentro del ordenamiento. Por otro lado, en principio, salvo la diferente estructura y la restricción respecto de la legitimación para recurrir determinados reglamentos estatales --que hoy puede considerarse superada-, no se establece de forma expresa una diferente regulación entre una y otra.

Sin embargo, y ésta es la razón por la que traemos aquí estas consideraciones, un amplio número de decisiones jurisprudenciales han establecido un criterio diferenciador adicional: los *motivos del recurso*. Cuando los motivos de impugnación son defectos de procedimiento no pueden utilizarse en el proceso indirecto (86) , por lo que, dado que la omisión del dictamen del Consejo de Estado constituye una infracción del procedimiento de elaboración, evidentemente podemos ya adelantar, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, que el Tribunal Supremo ha sentado ya una amplia jurisprudencia contraria a su efecto invalidante de la infracción de este trámite, cuando su alegación constituye la única argumentación en vía indirecta. Por el contrario, cuando dicha alegación se hace en vía directa se le concede, por lo general, un efecto invalidatorio absoluto, como es la declaración de la nulidad de la disposición enjuiciada.

Esta separación entre efectos en la impugnación directa, y los efectos en la impugnación indirecta, en consecuencia, es imprescindible a la hora de analizar los efectos de la omisión de procedimiento que estudiamos.

2. LA OMISION DEL DICTAMEN PRECEPTIVO DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA IMPUGNACION INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS

A. El origen: la impugnación del reglamento de regulación del impuesto de gravámenes interiores

Las primeras sentencias que establecen un alcance no invalidatorio a los defectos de procedimiento alegados en recursos indirectos contra disposiciones, se producen en consideración precisamente de la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

El reglamento impugnado será la regulación del *Impuesto de Gravámenes interiores*, respecto de cuya legalidad tuvo que manifestarse el Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Como representativa de esta serie de pronunciamientos puede citarse la sentencia de la *Sala Tercera, de 23 de junio de 1973* (87) en la

que se justifica esta irrelevancia en que *no son alegables los defectos de forma en el recurso indirecto en cuanto que no generan la nulidad conforme a la disposición contenida en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento, siendo tan sólo posible la anulación a través de recurso directo*. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de la misma Sala, de 13 de noviembre de 1973 y 25 de febrero de 1974 (88) y de 18 de diciembre de 1973 (89), 23 de octubre de 1974 (90) y 24 de septiembre de 1975 (91), todas ellas sobre la misma materia. Tal arsenal de declaraciones sería suficiente si no fuera por el hecho de que parecen haberse producido en circunstancias especiales que debilitan su posición de precedente.

En efecto, no era la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrentaba con la validez de esta disposición. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 1972 (92) había dictado la conformidad del reglamento impugnado porque *«no era de aplicación el trámite de audiencia al Consejo de Estado... al tratarse, simplemente, de hacer uso de autorización de rango legislativo»* y en análogo sentido se habían manifestado las sentencias de la misma Sala de 5 de abril de 1972 (93) y 18 de mayo de 1972 (94). Incluso, la propia sentencia de 13 de noviembre de 1973 -y la mayoría de las concordantes también citadas- indica que *«las pretendidas omisiones [se entiende procedimentales] no fueron tales...»*. Es decir, que no se apreciaba el defecto en la tramitación.

¿Qué valor puede tener entonces la argumentación de la sentencia de 13 de noviembre de 1973 y las que le siguen en la doctrina que sentó? Teóricamente no podía ser muy grande. Sin embargo, su potencialidad residía no sólo en la reiteración y la unanimidad de sus declaraciones, sino en que daban confirmación a la opinión doctrinal restrictiva en relación con la inclusión de un efecto invalidatorio radical de los vicios de procedimiento en la elaboración de reglamentos (95). No obstante, dejan sin explicar la correlación entre anulabilidad o irrelevancia del defecto de procedimiento e impugnación indirecta.

A nuestro juicio, la explicación podría encontrarse en una reminiscencia de la regulación original de este control indirecto. En efecto, mientras que el número 2 del artículo 39 LJCA establece la admisibilidad de esta vía impugnatoria cuando *«tales disposiciones no son conformes a Derecho»*, el artículo 3.º de la Ley de 1888 reclamaba una colisión material al exigir, para la admisibilidad del recurso indirecto, que la disposición reglamentaria infringiera la ley que reconocía el derecho base de la impugnación. Esta redacción se mantuvo en el Texto Refundido de 1952. Ahora bien, tal conexión ha desaparecido en la LJCA, la cual da acción al que ostenta un *interés y únicamente exige la contradicción con el Derecho*. Entonces la única fundamentación puede residir en la doctrina que, al propugnar una interpretación restrictiva de las causas de nulidad, entiende que los defectos de procedimiento provocan tan sólo la anulabilidad (96). Sin embargo, la argumentación sigue quedando incompleta: no existe precepto alguno que impida *«anular»* un reglamento por vía indirecta. Tan sólo sería posible cuando se produjeran algunas de las circunstancias de confirmación- convalidación que recoge la Ley. Como para los informes preceptivos no es posible la convalidación según reza el párrafo 5 del artículo 53 LPA. Tan sólo queda el transcurso del tiempo, cuatro años, en el caso de la acción de anulabilidad. Un solo problema al respecto: en la sentencia no se alude a que haya caducado la acción, ni se analiza si ha transcurrido o no el plazo.

B. La confirmación de esta línea: la no admisibilidad de los defectos de procedimiento de normas al impugnar los actos dictados en ejecución de las mismas

Aunque esta doctrina tiene, en consecuencia, unos resbaladizos fundamentos, ello no es óbice para que en posteriores resoluciones se confirme, incluso, nada menos que mediante un recurso en interés de la Ley. Así la sentencia de la misma Sala Tercera, de 6 de abril de 1974 (97) vuelve a consagrar esta doctrina esta vez en un proceso de impugnación indirecta de una Ordenanza de carácter local, en la que si bien no se trata el tema de la omisión del Dictamen del Consejo de Estado, sí se aborda el general de la influencia de los vicios formales sobre la validez de la disposición. En concreto los defectos alegados eran extempo-

raneidad de la Ordenanza y la falta de constancia de las exenciones. La argumentación de la sentencia se desarrolla de la siguiente manera:

«Que al haberse entablado la impugnación contenciosa, subsiguiente a la reclamación económico-administrativa, contra el acto de aplicación individual de la Ordenanza.... se está en presencia de un recurso contencioso-administrativo indirecto contra una disposición reglamentaria de ámbito local, y el éxito del mismo vendrá condicionado por la demostración efectiva de que toda la Ordenanza o alguno de los preceptos inciden en tales supuestos que contempla el artículo 718, apartado 3.º, LRL, en relación con el artículo 83.2 de esta jurisdicción; con lo que no será de la Ley de esta jurisdicción; con lo que no será posible valorar ahora las supuestas irregularidades cometidas en el proceso de elaboración de la Ordenanza, tales como no necesitar el Ayuntamiento acudir a la nueva exacción que se contempla, no haber guardado la antelación prevenida, ser insuficiente la memoria previa redactada y otros semejantes, porque estos motivos de impugnación, al no acusar un desacuerdo entre la Ordenanza y el Ordenamiento jurídico superior a ella, tendrían que haberse hecho valer, en su caso, en el recurso contencioso directo contra la Ordenanza misma, porque, como ya apuntó la sentencia de 23 de junio de 1973, se impone en estos casos la distinción entre vicios de nulidad absoluta, invocable en el recurso contencioso directo y en el indirecto, y vicios de anulabilidad, que al subsanar por el transcurso de los plazos normales aducidos sólo pueden ser aducidos, al atacar directamente la disposición reglamentaria atacada.» (98)

Aquí tenemos la argumentación expuesta prácticamente en su totalidad. Sin embargo, es preciso hacer notar dos importantes cuestiones que matizan el anterior razonamiento. La primera, *la falta de acreditación de que efectivamente hubiese transcurrido el tiempo suficiente para enervar una eventual acción de anulación por defectos formales* -eslabón fundamental, a nuestro juicio, para admitir la operatividad de la tesis restrictiva como explicación de esta doctrina-. En segundo lugar, la legislación que se aplica es la específica de la impugnación de Ordenanzas locales, anterior a la que venimos examinando y respecto de la que existen diferencias.

El apartado 3.º del artículo 718 LRL indica: «Serán nulos de pleno derecho los preceptos de las Ordenanzas que estén en manifiesta contradicción con lo dispuesto en la Ley.» A simple vista se destaca el «plus» que significa el *carácter manifiesto* de la contradicción, que requiere la declaración de nulidad. Esta diferencia nos sugiere la posibilidad de que la infracción que origine la nulidad deba ser de carácter material. No obstante, debemos resaltar que no estamos hablando de disposiciones estatales -a las que aludimos fundamentalmente en este estudio-, sino de reglamentaciones locales. Entonces, ¿es extensible la doctrina y el contenido de este precepto también a los reglamentos estatales, o más bien, debido a que se trata de una restricción del principio de plenitud del control jurisdiccional, debiera ser interpretado restrictivamente y servir como argumento a contrario en favor de la nulidad de las disposiciones estatales que infrinjan preceptos que regulen el procedimiento de elaboración? ¿Estaba este precepto derogado por la posterior Ley de lo Contencioso-administrativo de 1956, que no prevé tal restricción? Y *sobre todo*, ¿cuál es el fundamento normativo expreso de la *inaplicabilidad de los preceptos de procedimiento y recurso indirecto*? (99).

En todo caso, esta doctrina restrictiva, en cuanto a las causas de anulación de los reglamentos, ya había sido elevada al rango de doctrina legal en una sentencia un día anterior a la que acabamos de traer a colación. La Sala Tercera del TS, en sentencia de 5 de abril de 1974 (100), recaída en un recurso en interés de la ley acerca de la impugnación indirecta del Decreto de 23 de noviembre de 1968, indica -citando expresamente la sentencia de 23 de junio de 1973-: «... en la impugnación indirecta de las Disposiciones generales al combatir los actos de aplicación de las mismas, no cabe aducir las supuestas irregularidades de procedimiento seguido al dictarlas, al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno

derecho conforme al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo posible sólo su anulación a través del recurso de impugnación directa».

Esta línea jurisprudencial fue objeto de una firme crítica por GONZALEZ PEREZ (101). Resumiendo su opinión, el autor entiende: *Primero*, que la confluencia de esta tendencia restrictiva con las limitaciones existentes para recurrir permiten la práctica impunidad de estas omisiones en determinados reglamentos; así, y respecto de aquellos que no pueden ser recurridos directamente más que por las entidades corporativas, el particular no podría intentar la impugnación por razón de estas irregularidades. *Segundo*, estima que carece de fundamento la discriminación entre los efectos de la violación del Ordenamiento en función de que tal contravención sea de carácter sustancial o de carácter formal, en lo que se alinea con aquel sector que entiende que tales irregularidades provocan la nulidad de la norma. *Tercero*, asimismo indica cómo esta jurisprudencia no es única, encontrándose también resoluciones por las que se invalidan reglamentos en impugnación indirecta por defectos de forma. *Cuarto*, declara rechazable las dificultades que en cuanto a la constatación de la omisión procedimental pueda tener el juez, recordando las posibilidades instructoras que la Ley le concede. *Quinto*, resalta la inexistencia de fundamento normativo expreso para excluir de la vía indirecta el control de estas irregularidades. Concluye, por tanto, en que tal doctrina «constituye, ciertamente, un atentado al derecho de acceso a la justicia. Porque suponen un obstáculo insalvable para que los órganos de la jurisdicción Contencioso-administrativa puedan verificar si el órgano titular de la potestad reglamentaria la ejercitó de acuerdo con las normas procedimentales de ineludible cumplimiento» (102)

No obstante, la inoponibilidad de los defectos en la elaboración de disposiciones generales ha sido ratificada por una copiosa jurisprudencia, tanto en general (103) como específicamente, con relación al dictamen preceptivo del Consejo de Estado, de la cual nos vamos a ocupar a continuación.

C. La evolución posterior: la consolidación del criterio

a) La doctrina clásica inoponibilidad de este defecto por estar reducida esta vía a los vicios de nulidad

Dentro de las sentencias que aplican esta relativización de la eficacia de la omisión de dictamen preceptivo del Consejo de Estado, lo primero que hay que resaltar es el enorme número de estos pronunciamientos. Fundamentalmente a partir de la anulación del Decreto de Disciplina de Mercado de 1974, y su sustitución por el Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, cuya impugnación se intenta por vía indirecta por defectos en la tramitación -entre ellos la omisión del Dictamen del Consejo de Estado- y que el Tribunal Supremo desestima de forma casi automática sobre la doctrina que venimos exponiendo.

a) En general las sentencias se limitan a recoger la doctrina de la inoponibilidad en el recurso indirecto de los vicios de forma en el procedimiento de elaboración de las Disposiciones generales. De esta forma, no se examina siquiera la omisión o no que se denuncia, simplemente se considera irrelevante. A este grupo pertenecen, entre otras, las sentencias siguientes de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1986 -en el que no se tiene por probada la omisión del dictamen (104)-, de 30 de marzo de 1987 (105) 22 de julio de 1987 (106), 30 de septiembre de 1987 (107) 1 de diciembre de 1987 (108), 15 de diciembre de 1987 (109), 8 de febrero de 1988 (110), 5 de marzo de 1988 -si bien este caso poniendo en duda la exigencia del requisito por razón de la naturaleza de la norma (111), 5 de mayo de 1988 (112) 11 de mayo de 1988 -en la que también se pone en duda la procedencia del requisito por la naturaleza de la norma (113) - 24 de mayo de 1988 (114) y 25 de mayo de 1988 (115)

b) Otras sentencias no se limitan a citar la doctrina restrictiva que analizamos, sino que *reproducen el argumento de base y es la consideración de que sólo los vicios de nulidad pueden ser alegados en impugnación indirecta, por lo que no estando comprendida la omisión del Dictamen del Consejo de Estado entre las causas de nulidad, tal defecto no tiene relevancia en esta vía de recurso*. En este sentido puede citarse la sentencia de la Sala Cuarta del TS, que como tantas otras de las citadas en este trabajo aborda el tema de la validez del Decreto 3052, de fecha 17 de marzo de 1987 (116) -al indicar:

«Primero. El apelante trata de convencer de que en un recurso indirecto frente a una disposición de carácter general pueda invocarse, como motivo de su inaplicabilidad, cualquier vicio de procedimiento en que incida al ser elaborada y, no obstante el esfuerzo dialéctico desplegado al efecto, hay que mantener la conclusión a que la sentencia recurrida llegó, porque el artículo 39 de la Ley Reguladora de la jurisdicción distingue cuál es el ámbito de los recursos directo e indirecto que contra esa clase de disposiciones autoriza -previniendo, por lo que aquí interesa- en su número 4 que la falta de impugnación directa o de la desestimación del recurso que, frente a ella, se hubieran interpuesto, no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual «fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2º, es decir, cuando "tales disposiciones no son conformes a Derecho" ... »

«Segundo. Esta disconformidad a Derecho ha de entenderse en sentido restrictivo, dado el excepcional acogimiento legal de ese recurso indirecto, de donde obligadamente se deduce que consiste tan sólo en la vulneración de una norma de carácter sustancial, por supuesto de mayor rango -sentencia de 20 de mayo de 1977-, 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 pudiera plantear con la misma amplitud idénticos motivos de invalidez sustantiva y formal que 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 de para aquél... »

«Tercero. Téngase en cuenta que la falta de informe del Consejo de Estado que, como motivo de impugnación, se alega, no implica más que una causa de anulabilidad del acto, cuando, por lo demás, no se ha prescindido totalmente del procedimiento que se establece para su elaboración, y que, por lo dicho, queda excluida del recurso directo, por lo que la sentencia recurrida tiene que ser confirmada a lo que se opone el principio constitucional de tutela efectiva que se alega.»

En análogo sentido podemos citar la sentencia de 23 de mayo de 1988, dictada por la Sala de Revisión (117)

c) Sin embargo, la argumentación se ve enriquecida por otros razonamientos. Fundamentalmente debemos referirnos a la sentencia de 2 de junio de 1987 (118) , dictada sobre la cuestionada validez del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, de Disciplina de Mercado.

b) *La doctrina de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1987*

A) Antes de abordar el contenido de la sentencia es preciso resaltar el marco en donde se produce. El TS, en sentencia de 18 de marzo de 1981, resolvió un recurso directo contra el Decreto de Disciplina de Mercado, de 20 de diciembre de 1974, por omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Como resultas de la desaparición de esta norma la Administración procedió a aplicar la normativa anterior, precisamente contenida en el Decreto 3052/66, contra cuya aplicación se argumenta la omisión, también en este caso, del dictamen preceptivo, pero en este caso en vía indirecta. En conclusión el Tribunal Supremo se encuadra, por un lado, con una pluralidad de recursos indirectos montados sobre la omisión del trámite

cuyos efectos analizamos -la práctica totalidad de las sentencias dictadas en el párrafo anterior versan sobre el tema que tratamos (119) -, y *por* otro, con el problema de aceptar la reviviscencia de la norma para eludir la creación de un vacío normativo.

En todo caso, en la sentencia de 2 de junio de 1987 se va a profundizar en los criterios respecto de la relativización de la eficacia de este trámite.

a) En primer lugar, se analizan los efectos de la omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado, desde el punto de vista de la competencia. En concreto, los términos en que se plantea es de si *el reglamento ejecutivo se perfecciona aunque se haya omitido el dictamen del Consejo de Estado*.

La cuestión tiene una cierta relevancia. En el Derecho administrativo francés éste ha sido el cauce de planteamiento del problema que estudiamos en relación con los informes preceptivos del Consejo d'Etat: la omisión del *avis* preceptivo del vicia el acto de incompetencia que acarrea la nulidad (120). En España, sin embargo, no ha sido este el planteamiento en cuanto el informe del Consejo de Estado constituye un trámite más dentro del procedimiento de elaboración.

La sentencia de 2 de junio de 1987 entiende que «resulta imposible encontrar apoyatura alguna en favor de la tesis de que el Reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades: la del Consejo de Estado y la del Gobierno». Por ello el Reglamento, una vez aprobado, goza de presunción de validez a pesar de que se haya omitido el informe preceptivo, ya que se trata de «un control de legalidad de carácter administrativo de carácter general previo a la perfección de la norma reglamentaria, pero que carece de valor obstativo tanto si se produce como si se ha omitido». En consecuencia «la omisión de ese informe no impide que n tanto no se pruebe lo contrario- haya de presumir la validez del Reglamento. Y es el caso que la parte apelante no se ha preocupado lo más mínimo de probar ni la contradicción del mencionado Reglamento con la Ley que desarrolla, ni tampoco su imputabilidad de los hechos que motivan la imposición de la sanción»(121)

b) En segundo lugar, y estudiando la imposibilidad de subsanación de la omisión de informes preceptivos consagrada en el párrafo 5 del artículo 53 LPA, indica que «nos encontramos con que en ella se está perfilando únicamente el alcance de una potestad administrativa: la de convalidación». Si bien hay vicios que la Administración no puede convalidar, tales limitaciones no limitan el enjuiciamiento de la legalidad por los Tribunales y en su caso la declaración de la legalidad del reglamento a pesar de la omisión de dichos informes preceptivos (122)

c) En tercer lugar, y volviendo a la caracterización del informe preceptivo del Consejo de Estado como control de legalidad, indica que la función del mismo consiste en «advertir de las posibles ilegalidades a fin de que puedan corregirse antes de que se perfeccione la norma»(123)

«Pero si ésa es la finalidad del informe, es claro que las Salas de lo contencioso-administrativo pueden y tienen el deber de suplir aquella función, apreciando *a posteriori* si hay o no ilegalidad, en el Reglamento ya perfeccionado... Y si, como aquí ocurre, no se advierten concretos motivos de contradicción con el Ordenamiento jurídico en cuanto al fondo, carece de sentido derogar un Reglamento para que el Consejo de Estado venga luego a decir lo que la Sala se haya también en condiciones de apreciar. El principio de economía procesal apoya también que lo procedente es rechazar la pretensión del apelante»(124)

La doctrina que aparece en esta sentencia es la preferencia de un enjuiciamiento material de la legalidad de los reglamentos sobre las cuestiones puramente formales, y en concreto, en esta ocasión, la inoponibilidad de la omisión del informe preceptivo, para eludir un enjuiciamiento sobre el fondo, máxime cuando se considera a dicho trámite como control de legalidad, para el que se entiende que están facultados los propios Tribunales. Pero sus efectos van más allá, no sólo al dar cuerpo a una fundamentación

aplicable al recurso directo (125) sino porque implica una fuerte «relativización» del procedimiento de elaboración de disposiciones debido a su escasa incidencia práctica respecto de su validez. La sentencia es consciente de ello e indica que «no debe entenderse como una depreciación del informe del Consejo de Estado, ni como atenuación de su exigencia» (126) pero lo cierto es que reducida la reacción del ordenamiento respecto de su omisión, es evidente que también pierde fuerza como requisito.

Esta doctrina ha tenido un éxito notable en sentencias posteriores sobre la misma materia, entre las que destaca la sentencia de la Sala Tercera, dictada en un recurso de revisión de 29 de octubre de 1987 (127) -en la que, junto a la posición tradicional de inadmisibilidad de los vicios procedimentales en la impugnación indirecta de disposiciones, se recoge expresamente la doctrina de la sentencia de 2 de junio que acabamos de comentar-, y que, a su vez, será utilizada en otras como las de la Sala Cuarta, de 12 de febrero de 1988 (128), 5 de marzo de 1988 (129) y 13 (130) 16 (131) y 25 de mayo de 1988 (132)

B) En la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 26 de abril de 1988 (133) del mismo ponente que la de 2 de junio de 1987, se profundiza en los razonamientos anteriores (134). Además de advertir sobre la implementariedad de los argumentos indicados para la relativización en el recurso indirecto, al directo el TS confirma la primacía de su enjuiciamiento material del reglamento frente a la mera omisión en los siguientes términos:

«... la posición supraordenada que, conforme al ordenamiento en vigor, tienen los Tribunales en ese control de legalidad, así como también el derecho a una tutela judicial efectiva (que es derecho también a una justicia rápida) impiden aceptar la tesis de que lo que es preceptivo para la Administración -"oír" al Consejo de Estado; en algún caso también "seguir" su opinión- tenga que ser preceptivo también para aquellos»; por lo que, en consecuencia, ni la omisión del preceptivo dictamen impide la perfección del reglamento ni «tampoco obliga a que un Tribunal de justicia que no aprecia vicios de fondo en ese reglamento tenga necesariamente que anularlo por vicio de forma... porque, concretándonos al supuesto de los recursos indirectos contra reglamentos.... tendríamos que, si un reglamento es impugnado por vía indirecta con ocasión de su aplicación y se aprecia ese vicio de forma, el reglamento no se anularía pero dejaría de aplicarse por los Tribunales. Con lo que podría darse la absurda situación de que, a pesar de no existir otro vicio que el formal de la omisión del Consejo de Estado, tendría que proceder la Administración a elaborar otro reglamento idéntico al que los Tribunales se niegan a aplicar por el único y exclusivo motivo de la omisión de un informe cuya razón de existir estriba en la conveniencia de advertir sobre la existencia de un posible vicio de legalidad, que en este caso, no existe. Por lo que después de cumplido este trámite, por muy importante que sea en teoría, pero en este caso absolutamente inútil, se pondría de nuevo en vigor un texto idéntico al originariamente publicado. El principio de economía procesal nos está diciendo que esto no puede ni debe ser así.»

Y más adelante refuerza su argumentación de la siguiente forma:

«Y debe decirse que a la misma conclusión se llega por la aplicación del 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... y que durante ese tiempo no haya planteado problemas de legalidad, tenga que ser derogada por la única y exclusiva razón de la existencia de un lejano vicio de forma consistente en la omisión de un control previo de legalidad -es ésa, repetimos, la función del informe del Consejo de Estado- cuando no se alega vicio de fondo ni al Tribunal le consta que exista, teniendo como tiene para apreciarlo de oficio. Eso es sacrificar ante el altar de la falsa deidad del más inútil formalismo.»

Sin perjuicio del comentario que realizaremos en el epígrafe siguiente, debemos decir que, a su vez, esta argumentación ha tenido recepción expresa en una sentencia posterior de la misma Sala Cuarta, de 7 de junio de 1988 (135)

De la jurisprudencia deducible de la sentencia de 2 de junio de 1987 acusa recibo el propio F. GONZALEZ NAVARRO, como criterio delimitador del ámbito de eficacia de las restricciones que en cuanto a la convalidación de los actos establece el artículo 53 en su apartado 5 (137) si bien no se extiende en mayores comentarios. Sin embargo, la profesora M. V. DE DIOS VIETIEZ se felicita por la nueva interpretación introducida por las sentencias de 7 de mayo de 1987 --que trataremos más adelante por tratarse de un recurso directo- y la de 2 de junio de 1987 por entender que se derivan las siguientes consecuencias: a) se supera el criterio tradicional de considerar el dictamen preceptivo del Consejo de Estado como un elemento cuya omisión provocaba la automática nulidad de actuaciones, sin que los tribunales pudieran entrar en el fondo de la cuestión; b) por el contrario, en la actualidad queda claro que el Consejo de Estado no es copartícipe de la potestad reglamentaria y que la omisión de su dictamen no impide un enjuiciamiento sobre el fondo de la legalidad del reglamento a los Tribunales; c) de igual forma, el trámite de informe preceptivo queda definitivamente equiparado con los demás vicios de procedimiento, y d) se abre la posibilidad de extensión de este criterio también al enjuiciamiento de estas omisiones en el recurso directo (137) .

D. La inalegabilidad de los efectos de procedimiento en la impugnación indirecta de disposiciones generales

Esta posición relativizadora de los defectos formales no por muy consolidada deja de presentar deficiencias. Volvamos sobre ella al efecto de determinar su alcance.

Son presupuestos de esta posición: una posición restrictiva en relación con las causas de nulidad de los reglamentos y un concepto diferencial del recurso indirecto.

a) Acotaciones al concepto restrictivo de las nulidades en las Disposiciones generales

Como vimos más arriba, existe una interpretación restrictiva que reduce las causas de nulidad a la oposición material entre reglamento y ley, reconduciendo las demás irregularidades al régimen general de los actos (138) . En su enunciación más elaborada, que es la de BOQUERA, ello se produciría a base de entender que la remisión del artículo 28 LRJAE a los artículos anteriores se refiere únicamente a los artículos 26 y 27 LRJAE, es decir, a la conculcación de lo dispuesto en la Ley y a la violación de la reserva de ley (139) . El resto de las irregularidades se regirían por las disposiciones relativas a los actos. La nulidad sólo se produciría por irregularidades del procedimiento y por causa de la omisión del procedimiento, previsto en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Entonces ¿qué valor tiene la omisión del dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales? A primera vista, y salvo lo que se indicará sobre la cuestión al estudiar este defecto alegado en el recurso directo - en el que es calificado expresamente como trámite esencial cuya omisión genera la nulidad al amparo del artículo 47.1.c) LPA (140), la omisión de este trámite no es reconducible a este supuesto. En consecuencia, nos encontraríamos ante un supuesto bien de mera anulabilidad o de irrelevancia pura y simple.

El artículo 48 LPA establece el criterio de deslinde de ambas categorías. Según el artículo 48.2 LPA, para que se produzca la anulabilidad de un acto por defectos de forma, deberá significar bien la carencia de los requisitos formales para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión. También, a primera vista, el dictamen del Consejo de Estado no parece que introduzca las circunstancias que exige este artículo. En consecuencia, su omisión sería simplemente irrelevante (141)

Este resultado nos parece excesivo, no sólo a la vista de la importancia que tiene el procedimiento en la Administración, a lo que hemos hecho alusión más arriba, sino también porque, en primer lugar, la Ley da una innegable relevancia al procedimiento que hace incongruente la calificación indicada en el apartado anterior. En efecto, el artículo 40 LPA indica, como requisitos generales del acto administrativo, la competencia, el procedimiento, la adecuación a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y la congruencia con la finalidad que prevea el Ordenamiento. Por su parte, el artículo 103 LPA, interpretado a contrario, parece implicar que la desviación del procedimiento significa la pérdida del poder ejecutorio de los actos administrativos.

En segundo lugar, no parece muy congruente al sistema que de la nulidad que se establece en el artículo 47.1.c) LPA pasemos, simple y llanamente al campo de la irrelevancia. Es cierto que la reacción frente a las irregularidades ha de establecerla la norma, pero no lo es menos cierto que no parece muy razonable este salto en la escala de las invalideces.

En tercer lugar, como hemos indicado en algunas de las sentencias referenciadas con anterioridad, la infracción de este trámite es calificada como vicio de anulabilidad en esta vía indirecta (142) ¿Cómo resolver esta cuestión? La normativa no ofrece una salida clara. Esta podría ser la admisión de la apertura en los supuestos de invalidez con ocasión de defecto de procedimiento. Equiparando la omisión de determinados trámites a la inexistencia del procedimiento -por ejemplo, la omisión del preceptivo dictamen en el recurso directo-, asimilando otros a la anulabilidad a través de la idea de infracción manifiesta de la ley -argumento muy débil toda vez que cualquier infracción de procedimiento lo es de forma mediata o inmediata de una Ley (143) - lo que podría, además, reforzarse extrayendo el concepto de procedimiento del de forma en el sentido empleado al artículo 48.2 LPA que podría entenderse reducido a la forma de manifestación y no como referido a requisitos formales (en oposición a otros de carácter sustancial).

En el presente caso la cuestión se complica si se estudia el tenor del artículo 53, en sus apartados 1, 4 y 5. Indica este precepto:

«1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios que adolezcan.

4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

5. Lo dispuesto en el párrafo precedente no será aplicable a los casos de omisión de informes o propuestas preceptivos.»

De estas prescripciones que acabamos de recoger debemos indicar que, por un lado, la omisión de informes preceptivos --éste es uno de estos casos- es, como mínimo, causa de anulabilidad, como se deduce del sentido general del artículo delimitado en su párrafo 1. Por otro lado, que tal vicio no es convalidable por la emisión a *posteriori* del mismo (art. 53.5 LPA). Importante excepción ésta -y la prevista en el número 4 del mismo artículo las reglas generales contenidas en el artículo 48.2 LPA. ¿En cuál de las hipótesis de este último podríamos incluir la omisión de alguna autorización o de la evacuación del informe preceptivo? Dudosamente en el de la producción de indefensión. Y no menor conflictividad podría producir la reconducción al supuesto de imposibilidad de continuar el procedimiento. Por un lado porque el propio artículo 53 presupone que el procedimiento se ha acabado y que se está juzgando un acto anulable y no una actuación. Pero además, ¿qué diferencia a las autorizaciones y a los informes preceptivos para que se consideren que su omisión interrumpe el procedimiento, en detrimento de otros trámites de no menor importancia como el de audiencia? (144)

Estos interrogantes nos deben llevar a una primera conclusión y es la dudosa utilidad del artículo 48.2 LPA como baremo cierto de relevancia de los vicios de procedimiento en la eficacia de los actos. Y con ello, creemos cae el argumento basado en la literalidad del juego de los artículos 47 y 48 LPA, para dar a los

defectos no sustanciales de las normas un papel secundario. La principal virtud de esta doctrina, como es la claridad, desaparece al no encontrar un marco de referencia cierto, al menos, en la ecuación procedimiento es equivalente a forma.

Si a esto añadimos los argumentos de los partidarios de la concepción amplia de la nulidad de las disposiciones generales (que se produciría por cualquier infracción material o formal), y la consideración generalizada, en el recurso directo, del que el defecto que estudiamos constituye una infracción del artículo 47.1.c), hemos de concluir que el primero de los presupuestos se tambalea.

b) La idea diferencial del recurso indirecto

El segundo presupuesto consiste en una concepción diferencial del recurso indirecto. Esta idea, que a veces parece funcionar como prejuicio o axioma, podría tener un doble fundamento pero referido a un mismo precepto: el artículo 39.2 LJCA.

La primera línea argumental proviene tanto del tenor argumental del artículo 39.2 LJCA, como de la coexistencia de este recurso con el directo. En efecto, en dicho párrafo se indica que tales recursos deberán estar «fundados en que tales disposiciones no son conformes a Derecho». Por consiguiente, parece que el mero contraste formal no sea suficiente para admitir la impugnación indirecta. Por otro lado, además, se apoya esta argumentación en que «sí 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 de para aquél ... » (145).

Ahora bien, como resaltara GONZALEZ PEREZ (146), el artículo 39.2 LJCA no establece ninguna restricción en cuanto al motivo impugnatorio. Es más, se establecen unos términos suficientemente amplios como para justificar más bien la tesis contraria. El mencionado precepto indica: «También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales posiciones no son conformes a Derecho.» La disconformidad -no se aclara si formal o material- con el Derecho es causa suficiente para impugnar. La existencia de dos vías no tiene por qué traducirse en una diferencia mayor que la que significa procesal: en un caso se entabla respecto de un reglamento con independencia de su aplicación, mientras que en el segundo se utiliza un acto que ejecuta la disposición que se va recurrir.

Un dato más: si la omisión del dictamen del Consejo es causa de nulidad y el número 2 del artículo 39 LJCA habla de disconformidad con el Derecho, ¿cuál es la causa de la inalegabilidad de estos defectos en vía indirecta? Téngase en cuenta --dejando aparte las consideraciones que acabamos de realizar sobre el tema - que tal vía, junto con la concurrencia de algunas de las causas de convalidación -fundamentalmente el tiempo-, hubiese sido un expediente adecuado para restringir la proliferación de estos recursos indirectos. Sin embargo, el no planteamiento directo de la cuestión parece poner de manifiesto la propia desconfianza de los Tribunales ante esta tesis. Así, podemos indicar:

a) Primero, que como ya hemos indicado, en ninguna de las sentencias se plantea el problema de transcurso de plazo alguno que serviría para averiguar si ha caducado la posibilidad de hacer valer el defecto formal de que se trate. Es cierto que la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 26 de abril de 1988 (147) hace alusión al tiempo de vigencia, pero en ningún momento se especifica si ha sobrepasado término alguno.

b) Que tal posición no sea unánime en las decisiones jurisprudenciales. En este sentido, podemos citar, entre otras, la sentencia de la Sala Tercera del TS de 14 de noviembre de 1987 (148) en la que se declara la nulidad del Decreto 2950/1979, de 7 de diciembre, sobre revisión de tarifas de degravación fiscal a la exportación e Impuesto de Compensación de Gravámenes interiores, en un recurso contra una liquidación

girada en aplicación del mismo. En este caso, la omisión del preceptivo dictamen --en el momento de dictarse el reglamento era obligatorio conforme al artículo 17.1 de la Ley del Consejo de Estado de 1.944-, es calificado de nulidad de pleno derecho (149) -Esta doctrina ha sido confirmada por la misma Sala para un caso análogo en aplicación del mismo Decreto por sentencia de 1 de marzo de 1988 (150). Las fechas de estas sentencias nos permiten poder afirmar que coexisten dos líneas jurisprudenciales contradictorias, y la gravedad de tal situación es evidente: ¿por qué se produce esta diferencia de criterio?

Es indudable que existe un dato diferencial radical entre una y otra. La doctrina favorable a la inalegabilidad de los defectos de formación de las Disposiciones de carácter general se ha producido en un contexto de gran conflictividad jurídica respecto de una norma. En su inicio fue de reglamento regulador del impuesto de compensación de Gravámenes interiores y en su reedición la impugnación masiva del Decreto 3052/1966 sobre Disciplina de Mercado. Por el contrario, en las recientes sentencias de la Sala Tercera, la conflictividad por el momento, es inferior. ¿Hasta qué punto este elemento ha sido determinante para la coexistencia de ambos criterios? Ciertamente Derecho y contexto social son dos sistemas interactuantes sin embargo, es de esperar la existencia de otro discurso jurídico diverso a la necesidad de encontrar en el *self-restraint* judicial la única explicación. Las argumentaciones restrictivas de la nulidad de las Disposiciones generales podrían estar justificadas, aunque no puede decirse que sus razonamientos sean definitivos y menos que tal sea necesariamente el sistema querido por la Ley. A este respecto sería deseable una mayor claridad y especificación en los textos reguladores de la invalidez de los reglamentos. Pero la corrección no puede hacerse en sede judicial, sobre todo cuando implique denegar el acceso al control judicial de los reglamentos por defectos de forma, en el denominado recurso indirecto. Como venimos indicando, existe entre la teoría restrictiva de la nulidad de las disposiciones y la inadmisibilidad de este defecto un salto lógico que no puede encontrar apoyo en el ordenamiento vigente.

c) ¿Existe realmente un recurso indirecto contra disposiciones reglamentarias generales?

La segunda línea argumental de la concepción diferencial del recurso indirecto parte de la interpretación textual del artículo 39.2 LJCA, que supuestamente consagra este tipo de control judicial de reglamentos. Este precepto indica: «También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.» Si analizamos atentamente su contenido observaremos que el recurso se produce contra un acto de aplicación y no respecto del reglamento. La pretensión anulatoria se proyecta sobre el acto respecto del que la disconformidad de la disposición general constituye únicamente su fundamentación. El examen de este último constituye un presupuesto -toda vez que el número 4 del mismo artículo (151) excluye implícitamente el requisito de previa declaración de invalidez por sentencia judicial- de la aceptación de la impugnación, pero no constituye su objeto directo. Por eso, como ha indicado recientemente J. GONZALEZ PEREZ,

«el fallo de la sentencia estimatoria de un recurso indirecto no se pronuncia sobre la nulidad de la disposición reglamentaria. Como el objeto de la impugnación es un acto administrativo, la sentencia sólo decidirá sobre la conformidad de este acto con el Ordenamiento y, en consecuencia, se limitará a anular el acto administrativo.

Ahora bien, el fundamento de esta anulación será que la disposición reglamentaria aplicada no es conforme a Derecho. Por lo que la sentencia constituirá un precedente valiosísimo para los futuros recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra otros actos de aplicación de la misma disposición. El principio de unidad de doctrina permitirá, en el supuesto de sentencias contradictorias, utilizar contra éstas el recurso de revisión (art. 102. 1.b) LJ) » (152).

A tal circunstancia alude la sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 13 de marzo de 1987 (153) , referida a unos vicios de procedimiento diferentes a los aquí estudiados, pero por el carácter general de su doctrina, podría extenderse a nuestro caso. En su fundamento jurídico 2.º se indica:

«... la impugnación de un acto singular de la Administración fundada en que la norma jurídica urbanística contenida en el Plan modificado no es conforme a Derecho, estando en conformidad con el artículo 39.2 y 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa admitida la impugnación contra los actos de aplicación de una disposición administrativa haya sido o no está recurrida, sin que ello signifique que al recurrir contra un acto administrativo se impugne también la disposición general, sino que la motivación del recurso está fundada en una presunta infracción del ordenamiento jurídico en el que se sustenta el acto de aplicación, de lo que se infiere que el objeto de un recurso contra una disposición general, en este supuesto una norma del ordenamiento urbanístico, es distinto al de la pretensión formulada contra un acto de aplicación de la misma.»

Esta diferencia parece también latir en el fondo la argumentación de la sentencia de la misma Sala, de 26 de abril de 1988, que ya hemos estudiado, al indicar:

«... porque concretándonos al supuesto de los recursos indirectos contra reglamentos... tendríamos que, si un reglamento es impugnado por vía indirecta con ocasión de su aplicación y se aprecia ese vicio de forma, el reglamento no se anularía pero dejaría de aplicarse por los Tribunales. Con lo que podría darse la absurda situación de que, a pesar de no existir otro vicio que el formal de la omisión del Consejo de Estado tendría que proceder la Administración a elaborar otro reglamento idéntico al que los Tribunales se niegan a aplicar por el único y exclusivo motivo de la omisión de un informe cuya razón de existir estriba en la conveniencia de advertir sobre la existencia de un posible vicio de legalidad que en este caso no existe. Por lo que después de cumplido este trámite, por muy importante que sea en teoría, pero en este caso absolutamente inútil, se pondría de nuevo en vigor un texto idéntico al originariamente publicado. El principio de economía procesal nos está diciendo que esto no puede ni debe ser así.»

Es importante resaltar las conclusiones a que se llega mediante esta interpretación estricta. La técnica contenida en el párrafo 2 del artículo 39 LJCA no es un ataque frontal al reglamento ilegal, sino que, como hemos dicho más arriba, a la posibilidad de eludir que la falta de impugnación -o imposibilidad en el sistema de la Ley de 1956, respecto de ciertas disposiciones generales-, impida el cuestionamiento de la legalidad del acto de aplicación al que comunica su irregularidad. Bajo esta interpretación, estricta, parecería tener una mayor justificación la interpretación restrictiva que desde la jurisprudencia y algún sector doctrinal se solicita respecto de las causas de anulación de los reglamentos.

A esta justificada interpretación podemos hacer las siguientes observaciones:

a) En un plano general, pese a la literalidad del precepto hay que indicar algunas peculiaridades que nos permiten cuestionarla. En primer lugar, una razón de carácter sistemático: ¿por qué incluir este procedimiento dentro del artículo 39 LJCA *dedicado a la impugnación de Disposiciones generales*? Este es el único precepto dentro de las normas del capítulo primero -denominado «Actos impugnables»- del Título III -«Objeto del recurso contencioso-administrativo »- con esta finalidad (154). Incluso la propia ley da a este artículo el encargo de la normación del recurso contra reglamentos cuando en el artículo 37.3 LJCA indica que «la impugnación de disposiciones de carácter general se atenderá a lo previsto en el artículo 39». ¿Dónde está el error? A mi juicio, a pesar de la posible argumentación formal de la mayor especificidad del mandato del artículo 39.2 LJCA, debiera resolverse esta antinomia en favor del mayor y más completo de

este control -sobre todo si, como ocurre en la jurisprudencia que analizamos en el presente trabajo, se rebajan los requerimientos procedimentales de formación del acto recurrido-. No creemos que sea necesario incrementar los márgenes de inmunidad del poder a través de interpretaciones restrictivas de la plenitud del control judicial sobre estos actos.

En segundo lugar, ¿cuál es el sentido funcional de esta vía de impugnación reglamentaria? El proceso se establece no sobre la legalidad del acto, como la pretensión de anulación no se proyecta sobre el reglamento, sino que realmente excepciona la cobertura de aparente legalidad que da a sus actos de ejecución. Propiamente no se invalida, como indica la sentencia de 23 de abril de 1988 (155) ; simplemente procede su inaplicación por los Tribunales. Queda una eficacia muy reducida a la técnica que estudiamos con la interpretación literal del artículo 39.2 LJCA. No me voy a referir a las deficiencias de la técnica de la inaplicación judicial y que motivaron la aparición del recurso directo y el indirecto (156). Sin embargo, si eliminamos los vicios formales como causas de enjuiciamiento y entendemos que la pretensión que se esgrime en la vía indirecta es de anulación del acto y excepción de la cobertura del reglamento ilegal, ¿qué diferencia nos queda con la inaplicación pura y simple del reglamento contenida en el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder judicial? Muy poca, ciertamente. ¿Estamos entonces simplemente ante la plasmación en el orden contencioso-administrativo del mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial? No parece que sea acorde con la cultura contencioso -administrativa actual.

En tercer lugar, más inconvenientes presenta el examen de las consecuencias del pronunciamiento judicial en esta materia. ¿Qué pasa con el reglamento que ha sido declarado nulo a efectos de anular un acto? Hemos visto dos soluciones. Por un lado, para J. GONZALEZ PEREZ esta declaración tiene carácter de «precedente». Por otro, las sentencias estudiadas indican una suerte de inaplicabilidad judicial del reglamento (157). Tal solución nos parece, sin perjuicio de su sólida fundamentación, imperfecta. Esta concepción implica que el reglamento queda «intocado». La Administración podrá seguir utilizando esta norma beneficiándose de la ejecutividad de sus actos, los cuales, no recurridos en tiempo, adquieren firmeza logrando una cierta «ultractividad» de esta disposición a pesar de la constatación de disconformidad con el derecho (158) y, también en consecuencia, traslada a los administrados el deber de recurrir las sucesivas actuaciones para impedir aquella firmeza. En este caso el fallo, en vez de reducir la conflictividad jurídica, colabora a exacerbarla.

En cuarto y último lugar, tal concepción choca frontalmente con la jurisprudencia inicial que exigía la formulación expresión de la pretensión de anulación del reglamento para la admisión del recurso (159) y de la que aún puede encontrarse algún ejemplo. Si exigía esta pretensión su satisfacción debía provocar, necesariamente, la anulación del precepto (160)

A nuestro juicio la consciencia de la existencia de un recurso indirecto contra reglamentos no puede verse defraudada por una interpretación literalista de un precepto, interpretación que nos parece contraria al principio de sometimiento pleno de la potestad reglamentaria al Derecho y al control de los Tribunales, contenidos en los artículos 97, 103.1 y 106.1 de la Constitución. Sometimiento y control que ha de ser interpretado extensivamente para evitar la inmunidad y arbitrariedad (prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución) del poder público, que se fomenta cuando se le permite actuar bajo la aparente cobertura de un reglamento que fue declarado nulo en vía indirecta, pero sin anularse por haberse realizado, porque la impugnación proyectaría únicamente sus efectos sobre el acto base del mismo.

b) Pero en un plano más concreto en relación con lo que constituye el eje de nuestro trabajo, en el sentido de utilizar tal sentido funcional como fundamento de un criterio restrictivo, hemos de remitirnos a lo indicado en el apartado anterior: no existe fundamento expreso alguno para sostener tal restricción. Ello

implica, primero, que existe un cierto contrasentido metodológico el utilizar un criterio literalista para determinar los efectos --discutible, como creemos acabar de demostrar- y un sentido teleológico para determinar el ámbito de este recurso. *Parece una interpretación más acorde con el principio de control pleno aplicar literalmente la causa de impugnación tal y como aparece en la Ley, y es: la disconformidad a Derecho de la norma de cobertura del acto impugnado, sin que sea lícito restringir el sentido de Derecho a legalidad material, por no haber norma en este sentido.* Cuestión que puede confirmarse si comparamos la actual redacción con sus antecedentes en el artículo 3.º de la Ley de lo Contencioso anterior a la actual y en la legislación local, a las que ya hemos hecho alusión. Aquélla, al exigir contradicción entre el reglamento y la Ley, permitiría fundamentar de una forma algo más clara la concentración en el plano material del control indirecto de los reglamentos.

E. *¿Constituye la sentencia de la Sala Cuarta, de 2 de junio de 1987 el retorno a la consideración de las normas de procedimientos como interna corporis acta?*

La argumentación que recoge la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987 (161) merece alguna consideración aparte. Aunque la línea argumental se fundamenta en el principio general de preferencia de la resolución sobre el fondo del asunto, sobre los obstáculos formales que impidan esa profundización --doctrina encomiable a la vista de las exigencias que respecto del sistema de justicia intenta plasmar la Constitución de 1978-, sin embargo, el *iter* argumentativo y las consecuencias no parecen tan aceptables. Sin perjuicio de que inicialmente la sentencia parece propugnar un incremento de las facultades de control judicial proclamando que los vicios de forma no pueden impedir el enjuiciamiento sobre el fondo, la consecuencia es que de tal interpretación se sigue una reducción del ámbito de control, ya que en vía indirecta no podrá anular estos reglamentos por razones formales. Este resultado paradójico exige alguna atención a los razonamientos de dicha sentencia.

a) *¿Es el Consejo de Estado un órgano de control?*

En primer lugar, a nuestro juicio, la sentencia parte de una premisa errónea: el papel del dictamen del Consejo de Estado dentro del procedimiento de elaboración de las Disposiciones generales. En efecto, como se ha indicado en otra parte de este trabajo, frente a lo que indica la sentencia de 2 de junio de 1987, el informe preceptivo es una actuación más que se integra en el procedimiento administrativo, entendido como proceso de formación de la voluntad, y en cuanto ésta no está definitivamente formada, puede influir en la misma (162) . Es una función consultiva que por el prestigio y la configuración del Consejo se convierte en un *control preventivo*. Por otro lado, entendemos que, *ex lege*, su intervención no se limita al enjuiciamiento de la *legalidad*, sino que, como vimos en el artículo 3.º de su Ley Orgánica, se extiende a su oportunidad, algo que, *sin embargo, no puede ser sustituido por los Tribunales a riesgo de suplantar a la Administración*. Una cuestión es, como señalamos más arriba, que la doctrina señale un deslizamiento hacia la función del control -a lo que contribuye decisivamente la indefinición propia de la función de control (163)- y otra es la pérdida de la función que constitucional y legalmente se le atribuye (164). A pesar de que, como realiza T. QUADRA-SALCEDO (165) pudiera asimilarse la función consultiva a la de control, la diferente naturaleza de ambos tipos de actuación parece impedir la sustitución de la función del Consejo por la de los Tribunales dentro del proceso de elaboración de normas.

Considerando el carácter consultivo de la intervención del Consejo de Estado, así como su alcance, más allá de la legalidad, los presupuestos sobre los que se fundamenta la argumentación de la sentencia de 2 de junio de 1987 adolece de una debilidad inicial importante.

b) ¿La inaplicabilidad del artículo 53.5 significa otorgar a los tribunales una facultad de convalidación o confirmación de actos o disposiciones administrativas anulables?

Precisamente es en consideración de esta función consultiva como se puede criticar la argumentación y la inaplicabilidad del artículo 53.5 LPA a los Tribunales.

Como ha resaltado la doctrina (166) el fundamento del artículo 53.5 es que «si la finalidad de estos trámites es ilustrar al órgano decisor, no tiene sentido un informe posterior a la decisión» (167) . En la medida que su informe se integra en procedimiento de decisión, participa en la formación del mismo. Su omisión significa que la Administración ha prescindido de una de las técnicas que el Ordenamiento establece para garantizar el acierto -ya sea material, legal o de oportunidad-, y, por tanto, por entender que los datos recabados para la formación del acto o disposición no son suficientes, establece su invalidez no convalidable. Ahora bien, ¿afecta esta limitación a los Tribunales y qué efectos provocaría esta sustitución?

Según la sentencia que estudiamos -ya aquéllas que citan su doctrina-, la limitación de la convalidación contenida en el artículo 53 LPA no les afecta porque la intervención del Consejo de Estado es un mero control de legalidad *ex ante*, y los Tribunales pueden garantizar un adecuado control de legalidad *ex post*, sobre la legalidad material de la Disposición. El argumento, para ser estudiado, presenta una complejidad inicial: ¿la inaplicabilidad de la limitación del párrafo 5.º del artículo 53, afecta únicamente a los informes preceptivos del Consejo de Estado o también a todos los demás informes preceptivos? La sentencia habla de la inaplicabilidad en general. De esta forma, también carecería de relevancia a efectos de la invalidación de actos o disposiciones los informes preliminares como el de la Secretaría General Técnica, o los técnicos o especializados. Tal conclusión, ya de por sí, parece excesiva. Creemos que la argumentación del Supremo sólo se refiere si se contempla el contexto a los informes sobre legalidad. Ahora bien, esta restricción ni se establece en la sentencia, *ni encontramos fundamento legal alguno para establecer una discriminación entre los informes preceptivos según su contenido*. No obstante, debido a la definición de la función del Consejo de Estado como mero control de legalidad nos induce a pensar que el pensamiento de la sentencia se proyecta únicamente sobre los dictámenes de legalidad, habida cuenta que el argumento para su superación reside en la posibilidad de sustitución por el Tribunal Supremo. En todo caso, dado que lo que no interesa es el Dictamen del Consejo de Estado obviaremos esta cuestión con el fin de no alargar excesivamente este trabajo.

Pero aun con esta reducción del sentido de la doctrina de la sentencia de 2 de junio de 1987, la admisión de su contenido plantea problemas. Primero porque, como vimos, la intervención del Consejo de Estado no es un mero control de legalidad, sino un asesoramiento sobre la legalidad y oportunidad de la medida, aspectos éstos que exceden de la función judicial, por lo que no puede obviarla con la disculpa que está tan capacitado como el Consejo; lo que no está es habilitado.

La dificultad de aceptación de esta argumentación se incrementa al contemplar el sentido de la inadmisibilidad del recurso por esta causa. Es evidente que en principio el acto, cuanto menos, sería anulable. Y, sin embargo, el Tribunal establece su legalidad. ¿Estamos ante una convalidación o una confirmación? Difícilmente pueden aceptarse ambas hipótesis, ya que esto implicaría la posibilidad de convalidar o confirmar actos jurídicos inválidos, lo que en principio queda fuera de las funciones judiciales (168).

c) Plenitud jurisdiccional y economía procesal contra cives

Otro punto central al que debemos aludir es la utilización de los principios de plenitud judicial y economía procesal a las que alude el fallo estudiado. Procede reiterar aquí sus razonamientos:

«Pero si ésa es la finalidad del informe, es claro que las Salas de lo Contencioso-administrativo pueden

y tienen el deber de suplir aquella función, apreciando *a posteriori* si hay o no ilegalidad en el Reglamento ya perfeccionado... Y si, como aquí ocurre, no se advierten concretos motivos de contradicción con el Ordenamiento jurídico en cuanto al fondo, carece de sentido derogar un Reglamento para que el Consejo de Estado venga luego a decir lo que la Sala se halla también en condiciones de apreciar. El principio de economía procesal apoya también que lo procedente es rechazar la pretensión del apelante» (169)

Esta argumentación parece quedar clarificada en la sentencia de la misma Sala y Ponente, de 26 de abril de 1988 (170) al señalar:

«Con lo que podría darse la absurda situación de que, a pesar de no existir otro vicio que el formal de la omisión del Consejo de Estado, tendría que proceder la Administración a elaborar otro reglamento idéntico al que los Tribunales se niegan a aplicar por el único y exclusivo motivo de la omisión de un informe cuya razón de existir estriba en la conveniencia de advertir sobre la existencia de un posible vicio de legalidad que en este caso no existe. Por lo que después de cumplido este trámite, por muy importante que sea en teoría, pero en este caso absolutamente inútil, se pondría de nuevo en vigor un texto idéntico al originalmente publicado. El principio de economía procesal nos está diciendo que esto no puede ni debe ser así.»

A nuestro juicio se trata de un uso muy peculiar de la idea de economía procesal. Según A. CARRETERO (171), existen dos conceptos de economía procesal. Uno amplio que es la concreción del fin del proceso en el mayor ahorro de tiempo y esfuerzo, y otro concreto como corrección de la ineficacia procesal que se produciría por un pronunciamiento meramente formal que obligase a la celebración de un nuevo proceso. Precisamente evitar un nuevo proceso por un vicio meramente formal constituye la esencia de este precepto, función que poco o nada tiene que ver en este caso. ¿Qué proceso se repetiría si se estimara el recurso respecto a la invalidez del Reglamento indirectamente impugnado? La respuesta es bien sencilla: *la elaboración de la norma*. Sin embargo, las pretensiones de anulación de la disposición y acto de ejecución serían actuadas conforme a derecho, es decir, eliminadas del Ordenamiento jurídico. Lo único que se ahorra aquí es el procedimiento de elaboración conforme a Derecho de la disposición impugnada y, salvo que calificuemos el proceso de impugnación como instancia del procedimiento de elaboración, no tiene nada que ver con las pretensiones de que trata el juicio referido. El actor verá satisfechas sus demandas y se acabó el pleito. ¿Qué nuevo proceso podrá establecerse con el mismo objeto? El problema surge para la Administración que incumplió con el procedimiento que deberá repetir la norma, *que ya no podrá aplicar al recurrente*. No existe tal economía procesal en la argumentación. Únicamente se produce una economía procedimental en perjuicio del administrado actuante del juicio.

d) Colaboración a la formación de la disposición y aprobación de la misma

Otra importante línea argumentativa que se trenza en la jurisprudencia que estudiamos es la perfección del reglamento sin necesidad de la concurrencia del Dictamen del Consejo, y la presunción de validez que le asiste en función del Ordenamiento (172). Con la aprobación del reglamento por el órgano competente adquiere ya al menos una presunción de validez que se establece con carácter general en favor de los actos el artículo 45 LPA con carácter (173) *iuris tantum*, en tanto no se declare su invalidez. Este efecto, unido al hecho de que la competencia pertenece al órgano de la Administración activa, debilita teóricamente la incidencia de los informes en general dentro del procedimiento. Sin embargo, tal argumentación, llevada hasta sus últimas consecuencias, se traduce en la práctica irrelevancia de todos los trámites del

proedimiento, con el consiguiente debilitamiento de la garantía que significa (174) Y como dijimos más arriba, no puede argüirse que dichas garantías se pueden sustituir con el control *ex post*, habida cuenta de que, en primer lugar, el ordenamiento establece supuestos de invalidez para el caso de la conculcación del procedimiento; en segundo lugar, en algunos casos el Tribunal no puede sustituir, por un mero juicio sobre la legalidad de la norma reglamentaria, la riqueza de datos de todo tipo que dichos trámites puedan aportar a la resolución; y, en tercer lugar, ese control, al menos en la actualidad, suele llegar tarde y su eficacia reparatoria no puede compararse con la inexistencia del daño que produciría el acierto inicial de la resolución.

Centrándonos en el caso de la omisión del Dictamen del Consejo de Estado, decir que la omisión del informe puede ser sustituida por el control *ex post*, y que, por tanto, la mera omisión no es suficiente para la anulación de la disposición, tiene un efecto adicional: condena la irrelevancia al trámite del dictamen. ¿Para qué debe informar el Consejo de Estado si en definitiva lo importante es que la disposición se adecue al Ordenamiento? ¿Se ha convertido el dictamen en *interna corporis acta* sin relevancia externa?

F. Examen sobre la oportunidad de anular disposiciones en vía indirecta por defectos de forma

Ha llegado el momento de plantearnos la cuestión de fondo: ¿es aceptable la regulación actual de los efectos de las irregularidades de procedimiento aducidas en la impugnación indirecta? La respuesta no puede ser afirmativa por la falta de claridad que da lugar a esa diversidad de criterio a la que hemos aludido. Y ésa parece ser la última razón de la argumentación que hemos venido analizando en las últimas líneas y en general en toda la jurisprudencia restrictiva en la materia. .

Centrándonos en la argumentación de la sentencia de 2 de junio de 1987, aunque la interpretación literal del apartado 2 del artículo 39 nos permite dar alcance general a nuestros razonamientos, el problema se suscita porque no parece adecuado que el particular pueda eludir el acto por un problema de elaboración del mismo y no porque se cuestione su inadecuación material con el Ordenamiento. No se contesta la justicia de la actividad de la Administración, sino, simplemente, una irregularidad en el procedimiento que se utiliza instrumentalmente para eludir esa acción (175) . Es cierto que es importante la justicia material, y es probable que con tan pobre argumentación no sea «justo» el vaciamiento de competencia por falta de potestad respecto de un sector de intervención. Sin embargo, es un problema de *lege ferenda* que los Tribunales no deben sustituir.

¿Cuál es el fundamento de que en vía indirecta no sea posible aducir la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado y sí en vía directa? No existe. Y los datos son estos: i) la doctrina nace sin que, al menos a juicio del Tribunal, afecte al caso estudiado (176) ; ii) su argumentación original es incompleta por no poner en correlación el carácter de anulabilidad de los vicios de procedimiento con especialidad alguna del recurso indirecto; iii) se ha formado bajo circunstancias excepcionales como son la impugnación masiva de dos disposiciones generales; iv) al final se puede producir un cuestionamiento de problemas tales como la existencia misma del recurso indirecto contra reglamentos, el papel del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales o la función de los Tribunales respecto de esta omisión.

Afortunadamente esta jurisprudencia no es unánime aunque sí mayoritaria. Los resultados son graves, por la inseguridad que ocasiona que el problema esté regido por una disciplina creada únicamente sobre la jurisprudencia. En el fondo, quizá sea responsabilidad del legislador de no haber contemplado un régimen más detallado de la impugnación indirecta de disposiciones generales. Pero en todo caso es a él al que corresponde la corrección de estos defectos.

3. LA OMISION DEL DICTAMEN PRECEPTIVO DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA IMPUGNACION

DIRECTA DE REGLAMENTOS

A. La regla general: la nulidad del reglamento

La experiencia es muy diversa respecto de la eficacia de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el recurso directo. La jurisprudencia utiliza en general la nulidad para sancionar la omisión de dictámenes preceptivos en el procedimiento de elaboración de Disposiciones generales. Así destaca el celo que los Tribunales han desarrollado alrededor de la intervención de las Secretarías Generales Técnicas, como se plasma, entre otros, en los siguientes fallos: Sala Tercera, de 29 de mayo de 1987 --en la que se indica que la citada omisión produce la nulidad de pleno derecho conforme al apartado c) del número 1 del artículo 47 LPA (177) - 2 de julio de 1987 (178) , 4 de julio de 1987 -en el que se califica de trámite previo, preceptivo y esencial (179)-, 3 de febrero de 1988 (180), 6 de abril de 1988 --en el que se extiende el carácter preceptivo del informe a la legislación autonómica (181); Sala Cuarta, de 20 de mayo de 1988 (182)

Lógicamente, existe una jurisprudencia análoga respecto de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. No es necesario traer a colación la vieja jurisprudencia a la que se refieren tanto la Moción del Consejo de Estado sobre la consulta al Consejo de Estado «de los reglamentos ejecutivos de leyes» (183) como abundantes declaraciones doctrinales en el mismo sentido (184) . En este sentido pueden mencionarse las siguientes sentencias: Sala Cuarta, de 10 (185) y 12 (186) de diciembre de 1982; Sala Tercera, de 30 de noviembre de 1983 (187) ; Sala Cuarta, de 19 (188) y 20 (189) de julio de 1984, 31 de mayo de 1986 (190), 19 de enero de 1987 (191); Sala Quinta, de 8 de mayo de 1987 (192) y Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 1987 (193); Sala Cuarta, de 25 de mayo de 1988 (194); Sala Quinta del TS, de 6 de junio de 1988 (195).

La muestra es suficientemente significativa, a mi juicio, no solamente en cuanto al número, sino también en cuanto a la unanimidad (196)

. En efecto, no sólo se invalidan sistemáticamente las normas en cuyo procedimiento de elaboración se ha omitido este trámite preceptivo, sino que se *declara la nulidad*. Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala Cuarta, de 10 de diciembre de 1982 (197) indica expresamente:

«... es patente la existencia de un vicio esencial de procedimiento cometido en la elaboración del Reglamento ejecutivo, provisional, impugnado, al haber prescindido del preceptivo dictamen del Consejo de Estado impuesto por el número 6 del artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico en concordancia con lo preceptuado en el número 6 del artículo 17 (hoy 22.3) de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, y número 6 del artículo 6º del Reglamento y en una jurisprudencia reiterada -sentencias de 28 de marzo de 1960, 12 de marzo de 1963, 6 de abril de 1973, 22 de abril de 1974, 22 de octubre de 1981, etc.- califica de vicio u omisión insubsanable, *con apoyo de lo dispuesto en los artículos 53.5 y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y preceptos legales conexos citados más arriba, originadora de una nulidad de pleno derecho apreciable de oficio* -sentencias de 18 de octubre 11 de noviembre de 1971 y 22 de octubre de 1981, etc.-» (198)

Estamos, pues, ante un caso de *nulidad de pleno derecho*, si bien algunos pronunciamientos dictan la nulidad de actuaciones por tratarse de un vicio de procedimiento (199).

B. El proceso de relativización en vía directa: la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1987

También dentro del recurso directo soplan vientos de relativización de este trámite, que convergen en la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 7 de mayo de 1987 (200). A mi juicio, dos son las líneas de relativización: la primera se origina respecto de la minoración de la radicalidad de la regla general de la nulidad por defectos de forma, y la segunda, más específicamente para el Consejo de Estado, derivado del carácter no obstativo de sus informes,

a) Proporcionalidad entre defecto y reacción del ordenamiento *respecto del mismo*

En la primera de las líneas indicadas habría que incluir aquellos que, basándose en la difícil interpretación de las remisiones contenidas en los artículos 47.2 LPA y 28 LRJAE, propugnan una interpretación restrictiva, excluyente de la misma a las irregularidades formales, las cuales se regirían por los preceptos que regulan los efectos de este tipo de vicios respecto de los actos (201) . En este sentido, tan sólo la omisión completa del procedimiento, prevista en el artículo 47.1.c) LPA, llevaría a la declaración de nulidad; las demás infracciones del procedimiento constituirían únicamente vicios de mera anulabilidad. Dejando de un lado -ya que no forman parte de este apartado- los pronunciamientos que se registran en este sentido en vía indirecta -a los que ya nos hemos referido-, pueden citarse en este sentido las siguientes: Sala Cuarta del TS, de 26 de diciembre de 1961 -si bien se declara la nulidad de la disposición por dicha omisión (202)_ , 27 de diciembre de 1962 --que rechaza las alegaciones formales, pero declara la nulidad por conculcación de la reserva de Ley (203)_; Sala Tercera, de 17 de enero de 1977 en la que se declara la nulidad de la norma por infracción del artículo 47.1.c) por haberse carecido de procedimiento (204)_ o más recientemente la sentencia de la Sala Quinta de 2 de febrero de 1988 (205) . En todo caso, hay que advertir que en ninguno de estos casos el defecto de procedimiento ha sido la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

Especial interés dentro de esta corriente relativizadora tiene la atenuación de la regla de la nulidad a través de la incorporación del principio de proporcionalidad. Tal doctrina fue puesta de manifiesto por R. GOMEZ FERRER (206) al hilo de un comentario de la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 28 de marzo de 1977 (207) . En dicha sentencia se indica que, «... aunque la jurisprudencia tiene declarado que el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, previsto en los artículos 129 a 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, considerado en su unidad, se impone como mandato imperativo jurídicamente insoslayable, por lo que sus preceptos particulares no deberán entenderse como meras orientaciones para la actuación administrativa en orden interno, sino como normas de obligado cumplimiento -por todas las sentencias de 26 de diciembre de 1961-, sin embargo, este principio general tendrá que ser contrastado caso por caso, puesto que la solución drástica de la nulidad debe ser aplicada con prudencia y moderación igualmente recomendadas por la propia jurisprudencia, lo que hace entrar en juego el criterio de la proporcionalidad entre la infracción cometida, la influencia de la misma infracción en el acto o en la disposición general, y, por último, las consecuencias derivadas de la nulidad de uno u otra» (208) . El profesor GOMEZ FERRER entendía que existía proporcionalidad entre vicio u omisión procedimental, en cuanto las mismas tendían a asegurar el acierto y legalidad de la norma y sanción de nulidad «porque viene a garantizar el interés público relevante que concurre en la recta formación del Ordenamiento; si es cada caso concreto no se aplica esta solución, lo que se está minorando en una garantía de primordial importancia»(209)

b) *El carácter consultivo del dictamen y su consecuencia de suficiencia de la evacuación formal del trámite*

La otra línea de debilitamiento deviene del propio carácter del trámite. Se trata de informes que pueden o no incidir en la resolución final. Ahora bien, una concepción excesivamente formalista lleva necesariamente a la relativización del trámite. Y ese sentido se manifiesta en la sentencia de la Sala Quinta de TS de 3 de julio de 1986 (210) en la que se enjuiciaba la legalidad del Real Decreto 598/1985, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresas dependientes, impugnado por el Consejo General de Colegios de Médicos que pretendía la nulidad por diversos defectos de forma. En lo que aquí nos interesa, los recurrentes alegan omisión del dictamen del Consejo de Estado, pues éste había informado la improcedencia de la aprobación del Decreto por omisión de otros informes, evacuados los cuales este alto órgano consultivo informaría sobre el fondo. El Tribunal Supremo, por su parte, contesta que

«la falta de audiencia al Consejo de Estado es totalmente incierta; se ha remitido el proyecto mismo, que ha dictaminado lo que ha estimado oportuno, con lo que se cumple este requisito esencial; ha opinado que no procedía la elevación del proyecto de Real Decreto al Consejo de Ministros, y eso constituye su dictamen, y el gobierno puede seguirlo o resolver de otra forma, como lo ha hecho aprobando el proyecto, ya que nunca han sido ni son vinculantes estos dictámenes; la teoría de la recurrente de tener que seguir remitiendo proyectos hasta que el Consejo de Estado dictamine que están bien elaborados y procede elevarlos al Gobierno, es contrario a la institución del Consejo de Estado».

Como vemos, el Supremo considera evacuado el trámite a pesar de que no hubiera dictaminado sobre el fondo. Esta doctrina formalmente correcta, ha sido reiterada en las sentencias de la misma Sala Quinta, de 21 de octubre de 1986 (211) y 2 de junio de 1987 (212) respecto de la misma norma.

c) La sentencia de 7 de mayo de 1987

Ambas líneas de relativización convergen en la sentencia de la Sala Cuarta de 7 de mayo de 1987. La norma impugnada es, en esta ocasión, el Real Decreto 2004/1984, de 19 de septiembre, por el que se acuerda la agrupación de los juzgados que se indican al efecto de ser servidos por un solo Médico Forense, y el recurrente, la Xunta de Galicia. En lo que se refiere al informe preceptivo del Consejo de Estado el Tribunal Supremo argumenta en su Fundamento Jurídico 5.º:

«Por lo que hace a la omisión de supuestos vicios de procedimiento en la elaboración del Decreto reglamentario impugnado hay que decir en primer lugar que este Tribunal Supremo hace tiempo que viene subrayando que la forma está al servicio del Derecho y no al revés, y que el vicio de forma es determinante de la anulación del acto sólo cuando no haya elementos suficientes en el expediente para entrar a conocer el fondo del asunto o cuando haya provocado una indefensión total y absoluta del interesado. Es cierto, sin embargo, que en materia de elaboración de Disposiciones generales la jurisprudencia se muestra más rigurosa casi siempre, pero ello no impide que enfrentado el Tribunal con un caso concreto deba valorar también la razón de ser de un requisito formal determinado a efectos de atribuir o no a su omisión consecuencias anulatorias de lo actuado. Y es el caso que el informe del Consejo de Estado es un trámite que tiene por finalidad efectuar *ex ante* un control de legalidad de la norma que se pretende elaborar. Y como ya queda razonado que esa legalidad ha sido escrupulosamente respetada, sería atentar contra el principio de economía procesal que este Tribunal renunciara a ejercitar el control que le corresponde realizar *ex post*, para que el Consejo de Estado venga a decir lo que aquí se puede ya decir y se ha dicho: que no hay obstáculo a que la norma se dicte como se ha dictado. Y todo esto prueba, además, los inconvenientes de

una antigua práctica judicial -que hoy puede considerarse erradicada- de considerar, sin más, los vicios de forma como "de orden público", curiosa fórmula desprovista de fundamento jurídico verdadero y a cuya invocación quedaba cerrado el paso a la justicia sobre el fondo. Y todo ello exige a esta Sala de tener que plantearse si el Decreto reglamentario que nos ocupa tiene naturaleza de norma de ejecución -lo que a primera vista parece, cuanto menos, discutible- o es una norma independiente.»

La argumentación es muy parecida a las sentencias de 2 de junio de 1987 (213) y 26 de abril de 1988 (214) -no en vano las tres tienen el mismo ponente, e incluso, la última, cita a la de 7 de mayo y 2 de junio de 1987 como precedentes-, a las que nos hemos referido extensamente en el apartado dedicado al estudio de la eficacia de esta omisión en la impugnación indirecta. Cabría hacer aquí las mismas observaciones: 1) discutible reducción del papel del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de normas al papel de un control de legalidad *ex ante*, y 2) no menos discutible aplicación del principio de economía procesal, ya que un fallo estimatorio no se traduciría en la necesidad de un nuevo proceso, sino simplemente en la reiteración de la norma, ya sea con el mismo contenido o con otro -cuestión que prejuzga la Sala al indicar que el resultado normativo habría de ser el mismo-.

Pero además es preciso resaltar un dato que incrementa la debilidad de esta sentencia como precedente. La Sala no prejuzga el carácter de la norma como reglamento ejecutivo; por tanto, no establece si estábamos ante supuesto en el que el dictamen fuera preceptivo. En el Fundamento Jurídico 3.º se había indicado que este texto no era un Decreto-legislativo, sino una deslegalización -lo cual plantea algún problema técnico sobre si se incluye o no dentro del ámbito de preceptivo dictamen-, pero es que se renuncia al examen de esta cuestión, e incluso se establece la existencia de serias dudas sobre este carácter. Entonces ¿qué valor tiene la declaración del Fundamento jurídico 5.º, si el Tribunal ha renunciado a establecer si procedía o no el trámite? Nos falta una premisa: la procedencia en el caso del dictamen. En todo caso, debemos estar en guardia, pues un pronunciamiento de análogas características significó el inicio de la inadmisibilidad de este defecto en vía Indirecta (215)

Las dos líneas de relativización ponen de manifiesto dos problemas: por un lado, la deficiente regulación del tema de la invalidez de las normas. Evidentemente parecen excesivas las doctrinas que vinculan a cualquier irregularidad procedimental la nulidad. Sin embargo, igualmente exagerada parece la que reduce a toda irregularidad de forma a la anulabilidad e incluso a la irrelevancia. Más discutible, si se observa que no existe un fundamento claro para excluir estas irregularidades de la nulidad y menos para establecer discriminaciones entre las mismas, que en todo caso, tendría que competir al legislador.

La segunda se deriva del carácter meramente consultivo y no decisorio del dictamen del Consejo de Estado. Evidentemente el informe determinará, influirá o no influirá; por tanto, ¿por qué invalidar la norma? La respuesta es clara. Formalmente el Dictamen está previsto como preceptivo por la ley, pero además constituye una garantía más de acierto respecto del acto y disposición *que evidentemente no puede sustituir al judicial a posteriori*, pero sí puede evitar conflictos y perjuicios a los destinatarios de las normas (216). Es una garantía.

Puede afirmarse no obstante que en el recurso directo contra reglamentos la regla es que la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado provoca la nulidad del recurso.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro estudio sirve, para poder extraer algunas consecuencias tanto de orden particular como de orden general.

a) Dentro del orden particular hay que resaltar el diverso tratamiento que merece para el Tribunal Supremo la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

i) En el recurso directo, y salvo la sentencia de 7 de mayo de 1987, la jurisprudencia es unánime: la omisión de este informe provoca la nulidad de pleno derecho de la disposición.

ii) En el recurso indirecto la regla es la contraria: dicha omisión no puede ser alegada, ya que es un vicio de anulabilidad o, en el peor de los casos -como resulta ser en la práctica-, irrelevante. Ahora bien, respecto a esta doctrina hay que aclarar: primero, que su origen se produce *obiter dicta* y no dentro de la *ratio decidendi*; segundo, que su afianzamiento se ha producido con la resolución de impugnaciones masivas contra dos normas, y tercero, que recientemente en la Sala Tercera del TS parece abrirse la tendencia de invalidar reglamentos por este vicio de procedimiento.

b) En el orden general es forzoso resaltar las disfuncionalidades que se ocasionan tanto por la deficiente regulación de la invalidez de las Disposiciones generales como la escasa regulación de los recursos contra dichas disposiciones.

La falta de un régimen detallado de los vicios de las Disposiciones generales provoca una gran inseguridad jurídica en cuanto que siendo rechazable por exceso, las dos posturas extremas -nulidad radical de cualquier vicio material o formal o mera anulabilidad de las normas por defectos de procedimiento- los Tribunales han tenido que «construir» una doctrina que por otro lado lleva a resultados no satisfactorios, como es que un mismo vicio sea en el recurso directo causa de nulidad y en la impugnación indirecta causa de anulabilidad o simplemente irrelevante.

Además de esta falta de concreción, el juez no sólo se encuentra con la anomalía de la aplicación de un proceso originariamente pensado para actos jurídicos privados a una disposición general, sino que la falta de unos claros parámetros de enjuiciamiento por aplicación de la nulidad radical por defectos de forma, puede motivar no sólo la caída de una norma después de muchos años de vigencia, sino la posibilidad de que se eluda la acción de la justicia precisamente por vicios probablemente no relevantes a esa misma acción.

No obstante, la resolución de tales problemas con carácter general no corresponde a los Tribunales, sino a la comunidad que a través de la legislación ha de establecer, previa ponderación de los valores y garantías en juego, el sistema de invalidez y el régimen de impugnación. Cualquier otra solución restrictiva puede convertirse en una verdadera denegación de acceso a la justicia

Para terminar queremos dejar bien claro que a través de este trabajo no se ha puesto en duda el hecho de que sean los Tribunales los que deban ejercitar el control de la Administración, aunque no podemos dejar de advertir que antes de eliminar un trámite de procedimiento habrá que reflexionar si la desaparición de la garantía que el mismo significa puede ser compensada por una eficaz tutela *a posteriori*.

NOTAS:

(1) Hoy podemos ver como indiscutible la existencia de una amplia potestad normativa en la Administración tanto formalmente -que incluye una diversidad de formas de regulación tales como los reglamentos, Decretos-leyes o Decretos- legislativos- como materialmente -lo que plantea no pocos problemas en cuanto a la delimitación del ámbito de normación-. Incluso, recientes estudios sobre la adaptación del Estado a las necesidades de la sociedad posindustrial denuncian el creciente paso de tal normación en detrimento de la producción parlamentaria de las normas. Por todos véase C. DE CABO MARTIN: *La crisis del Estado Social*, Barcelona, 1986, págs. 71 y 72; también, A. J. PORRAS NADALES: *Introducción a una Teoría del*

Estado postsocial, Barcelona, 1988, págs. 210 y sigs.

(2) «La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1978)», *REDA*, 1979, pág. 550.

(3). Exposición de Motivos de la LPA, V, 1.

(4). «Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procesamiento que, en su caso, estuviere establecido» (art. 40.1 LPA).

(5) En este sentido véase el artículo 102 LPA a contrario, cuando indica: «No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido».

(6) E. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso de Derecho administrativo, vol. II*, Madrid, 2.ª ed., 1981, págs. 382 y sigs.

(7) Respecto a esta doctrina véase A. MERKL: *Teoría General del Derecho administrativo*, Méjico, 1980, págs. 278 a 280. Respecto a las consecuencias de esta doctrina véase por todos GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso II*, págs. 382 y 383.

(8) De ahí las dificultades que encuentra MERKL para diferenciar funcionalmente la actividad administrativa y la judicial, que le obliga a utilizar un criterio formal (*Teoría general*, cit., págs. 32 y sigs.). En este sentido indica en la página 52:

«Por tanto, no nos queda como *nota diferencial* que nos permita una separación neta de las dos regiones de la ejecución, más que la orgánica: la situación jurídica del órgano, su relación con órganos del mismo complejo orgánico. Podemos anticipar: en la justicia domina absoluta *coordinación de órganos*, en la *administración, junto a la coordinación existe subordinación*. La organización de la justicia es un complejo orgánico que se caracteriza por la *coordinación, la organización administrativa, una jerarquía orgánica que se señala por la subordinación.*»

(9). S. ROYO VILLANOVA: «El Procedimiento administrativo como garantía jurídica», *Revista de Estudios Políticos* 48, págs. 55 y sigs.

(10) Recuérdese lo indicado por el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo: «I. Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido». Así el procedimiento se constituye en una aplicación más del principio de legalidad, y como tal condicionante de la regularidad del producto del procedimiento (GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso de Derecho administrativo, vol. I*, 1979, págs. 470 a 472). Este sentido ha sido resaltado entre otras por la sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 11 de julio de 1988 (ponente: F. J. DELGADO BARIUO, RA 5955188), al indicar en su Fundamento jurídico 2.º:

«Con carácter general importará recordar que el principio de legalidad genéricamente anunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, tiene su específica protección sobre la Administración Pública en su artículo 103.1 que impone a ésta el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. De tal sometimiento derivan en primer plano, dos consecuencias fundamentales ya previstas en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que los actos administrativos se producirá por el órgano competente y mediante el procedimiento en su caso establecido.

Refiriendo esta reflexión al procedimiento, cuya trascendencia ha merecido una expresa mención constitucional -art. 105.c)-_»

(11). GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso II*, 1981, págs. 382 y sigs.

(12). Sobre este principio me remito a lo indicado en el libro de J. GONZALEZ PEREZ: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1977*, págs. 298 y sigs.

(13) «El presente texto no desdeña, por supuesto, las garantías jurídicas que el Estado deba a los administrados, y de ello es buena prueba toda la Ley, y en especial los títulos dedicados al procedimiento y a los recursos administrativos; *pero tiene en cuenta que las citadas garantías, cuando se instrumentan sólo*

como protecciones formales, no alcanzan ni con mucho el fin perseguido, al ser compatible con demoras y retrasos, molestias innecesarias y perturbadoras, excesivo coste e ineficacia de los servicios, y, en fin, con una variada gama de verdaderos perjuicios que redundan tanto en el de los particulares como en el de la propia Administración» (Exposición de Motivos LPA IV, I1).

(14) Sobre el tema, me remito, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a A. CARRETERO PEREZ: «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo» RAP 65, 1971, págs. 65 y sigs. La remisión en este punto resulta válida en cuanto a los planteamientos generales pese a que esté concebido fundamentalmente en el ámbito procesal, debido a esa semejanza estructural entre procedimiento y proceso, sin perjuicio de que algunas de las aseveraciones del autor deban ser alteraciones *ratione loci* cuando se proyecten sobre el procedimiento.

(15). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, págs. 89 y sigs.

(16). Para una recta interpretación de este precepto me remito por todos a GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso I*, 1979» págs. 523 a 525. También pueden consultarse: J. A. SANTAMARIA PASTOR: *La nulidad de pleno de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*. 2.ª ed., 1975; T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1979, págs. 241 y sigs., y J. GONZALEZ PEREZ: *Comentarios LPA*, 1977, págs. 331 y 332.

(17) Véase al respecto la referencia bibliográfica recogida en nota anterior al artículo 47.1.c).

(18) En este sentido se manifiesta la sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 27 de junio de 1988 (RA 3966/88) la función de legitimación democrática y de reducción de la conflictividad que desarrolla el trámite de información pública en el procedimiento de elaboración de los planes.

(19) La oposición entre Derecho y eficacia constituye uno de los caballos de batalla tradicional del Derecho. Así, G. BRAIBANT («Conditions d'efficacité de la juridiction administrative», *Homenaje a Sayer-Laso*, página 892) concluía:

«Es corriente hoy en día oponer a la eficacia el Derecho. Las reglas jurídicas serían los frenos, las zanja que obstaculizarán la expansión económica o el funcionamiento de las Administraciones; la eficacia no podría encontrar sitio en la organización de la justicia; el control jurisdiccional de la Administración sería un mal, por desgracia, necesario, un lujo siempre inútil, visto como un factor de parálisis; y no sería jamás capaz de dar a los justiciables los servicios que ellos pretendieran.

Estas ideas son peligrosas porque pueden conducir a justificar la arbitrariedad, los abusos de poder, las ilegalidades realizadas en nombre de la eficacia. Y son falsas. Sería interesante demostrar cómo el derecho puede ser, en todos sus ámbitos, en todos sus regímenes, y respecto a todos los niveles de desarrollo social un factor de eficacia.»

(20). Véase la cita de G. BRAIBANT, recogida en la nota anterior. Más recientemente, en sentido expreso. T. R. FERNANDEZ: «Los principios constitucionales del procedimiento administrativo», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, 1988, págs. 111 y 112.

(21). *Curso II*, 1979, págs. 384 y 385 (el subrayado es nuestro). Destacan esta función de garantía eficacia en relación con la participación en la página 384, aspecto éste que no es sino una de las plasmaciones del principio de garantía que se predica del procedimiento en general. El desarrollo de esta idea de la relación entre participación y eficacia lo podemos encontrar en el reciente trabajo de J. DE LA CRUZ FERRER: «Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria» RAP 116, 1988, págs. 65 y sigs.

(22) Véanse a este respecto las consideraciones que realiza J. DE LA CRUZ FERRER: «Sobre el control de la discrecionalidad...», cit., págs. 81 y 82.

(23) Sobre este tema, dentro del ámbito parlamentario, me remito a mi estudio «La incidencia de los vicios *in procedendo* sobre la eficacia de las leyes», en *I Jornadas de Derecho parlamentario*, vol. I, Madrid,

1985, págs. 190 y sigs.

(24) Exposición de Motivos V, 1 de la LPA.

(25) Exposición de Motivos LPA VII, 2.

(26) Sobre el procedimiento de elaboración de Disposiciones generales de carácter local me remito a L. MORELL O-CAÑA: *El Régimen local español*, Madrid, 1988, págs. 204 y sigs.; A. EMBID IRUJO: «Ordenanzas y reglamentos municipales», págs. 389 y sigs., en *el Tratado de Derecho municipal*, vol. I (dirigido por S. MUÑOZ M.ACHADO).

(27) «1. La elaboración de disposiciones de carácter general y de anteproyectos de ley se iniciará por el Centro directivo correspondiente, con los estudios previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquéllos, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo I del título I.

2. Se conservará, junto con la moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate, los dictámenes y consultas evacuadoras, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación.

3. No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, sin perjuicio que en la disposición se consi-guen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas.»

(28) «Los proyectos de Disposición general antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos, habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, o en su defecto, la Subsecretaría del Departamento respectivo, o el Estado Mayor, si se trata de Ministerios militares» (art. 130.1. LPA).

(29) «4. Siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, se concederá a la Organización Sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días, a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto.

5. Cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo que en cada caso se señale» (art. 130 LPA).

(30) «Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones de carácter general, habrán de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado" y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Civil» (art. 132 LPA).

(31) Dentro de esta categoría podemos distinguir:

I) La posibilidad de excepcionar ciertos trámites para determinadas órdenes, prevista en el número 6 del artículo 130.6 LPA («Por razones de urgencia, y mediante acuerdo motivado del Ministro, podrán exceptuarse de lo prevenido en los párrafos anteriores las Ordenes ministeriales que no sean en materias de estructura orgánica, régimen de personal o procedimiento»).

II) Intervención del Ministerio de la Presidencia en los casos previstos en el apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, entendiéndose «concedida la aprobación si transcurren ocho días desde aquel en que se hubiese recibido el proyecto en la Presidencia sin que ésta haya formulado objeción» (art. 130.2 LPA).

III) «Cuando alguna disposición así lo establezca o el Ministro lo estime pertinente, el proyecto se someterá a dictamen del Consejo de Estado» (art. 130.3 LPA).

IV) «Los proyectos que deban someterse a la aprobación del Consejo de Ministros o de las Comisiones Delegadas del Gobierno, se remitirán con ocho días de antelación a los demás Ministros convocados, con el objeto de que formulen las observaciones que estimen pertinentes. En casos de urgencia apreciada por el propio Consejo de Ministros o Comisión Delegada, podrá abreviarse u omitirse dicho trámite» (art. 131.1

LPA).

(32) El apartado a) del artículo 105 CE, que indica que «la Ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten».

(33) Así lo demuestra en interesante trabajo de J. DE LA CRUZ FERRER: «Sobre el control de la discrecionalidad ... », cit., págs. 65 y sigs.

(34) F. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo. Volumen III: La Justicia administrativa (primera parte)*, 1963, págs. 72 y sigs.

(35) GARRIDO FALLA: *Tratado III*, cit., 1963, págs. 72 y sigs.

(36) «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *REDA 50-5 1*, págs. 5 y sigs.; con anterioridad ya había mantenido esta posición en «Grados de ilegalidad del acto administrativo (anulabilidad, nulidad e irregularidad del acto administrativo)», en su libro *Estudios sobre el acto administrativo*, 3ª ed., 1986, págs. 113 y sigs.

(37) «Grados de ilegalidad ... », cit., pág. 154.

(38) «Las precisiones y aclaraciones jurisprudenciales que acabamos de recordar permiten concluir que el legislador quiere -según dicha jurisprudencia- que la disposición sea nula de pleno derecho cuando su contenido es ilegal y que, cuando sus restantes elementos contradicen las leyes se aplique a los vicios de la disposición lo dispuesto por los artículos 48 y 47.1 LP para los vicios de las resoluciones y conforme a estos preceptos, se decida si la disposición es anulable o nula de pleno derecho.

Las disposiciones y las resoluciones, por lo que al régimen de sus ilegalidades se refiere, se distinguen únicamente por la diferente consecuencia de los vicios de su contenido. El acto singular de contenido ilegal es anulable -salvo los supuestos del art. 47. 1.b) de la LP-, mientras que en el acto general de contenido ilegal es siempre nulo de pleno derecho.

La disposición ilegal no será siempre nula de pleno derecho. Unas veces será anulable; otras veces, nula de pleno derecho, y, a veces, sólo irregular» («Grados de ilegalidad...» cit., págs. 159 y 160).

(39) Véanse al respecto la amplia referencia jurisprudencial que realiza en apoyo de sus tesis BOQUERA OLIVER: «Grados de ilegalidad ... », cit., 1986, págs. 113 y sigs. Una crítica general a estas tesis a las que se aludirá más adelante puede consultarse en J. BERMEJO VERA: «La "relativización" del procedimiento ... » (*REDA 30*, págs. 539 y sigs.) y J. GONZALEZ PEREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1977)*, págs. 586 y sigs.).

(40) Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de la Sala Tercera del TS, de 27 de marzo de 1985 (ponente: Angel MARTIN DEL BURGO), 7 de marzo de 1988 (ponente: Joaquín SALVADOR RUIZ PEREZ) y 6 de abril de 1988 (ponente: Rafael PEREZ GIMENO).

(41) Véase al respecto la referencia que realiza GONZALEZ PEREZ en *Comentarios LPA*, cit., págs. 852 a 855. También R. GOMEZ FERRER: «Nulidad de reglamentos ... », cit., págs. 388 y sigs.

(42) GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ, (*Curso I*, cit., págs. 194 y 195); también GARCIA DE ENTERRIA: *Legislación delegada*, cit., págs. 12 y sigs. En el mismo sentido, entre otros, J. A. GARCIA TREVIJANO Y FOS: *Los actos administrativos*, 1986, pág. 398; también GOMEZ FERRER en «Nulidad de reglamentos ... », cit., pág. 388, y J. BERMEJO VERA, «La "relativización" del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», cit., págs. 549 y 550.

(43) «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior» (art. 1.2 CC).

(44). En este sentido indican GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ:

«... la nulidad de los Reglamentos ilegales; es, según nuestro ordenamiento en vigor, una nulidad de esta clase, absoluta, radical o de pleno derecho. Esto tiene una justificación perfectamente clara. Basta pensar que si la ilegalidad de un Reglamento determinase una mera anulabilidad, de forma que sólo pudiese ser hecha valer a través de la impugnación dentro de un plazo breve por la persona o personas

inmediatamente afectadas por el mismo, quedaría al arbitrio de éstas todo el sistema de producción normativa y se habría producido una nueva causa de derogación de las Leyes formales, la derogación producida por un simple reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formular ésta» (*Curso I*, cit., págs. 194 y 195).

Para un examen más *in extenso* de esta argumentación, véase E. GARC AA DE ENTERRIA: *Legislación delegada*, cit., págs. 12 y sigs.

(45) «Ninguna disposición podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.»

(46) «La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes ... »

(47) GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso I*, cit., págs. 194 y 195; también GARCIA DE ENTERRIA: *Legislación delegada*, cit., págs. 12 y sigs.

(48) Ponente Angel MARTIN DEL BURGO.

(49) El estudio de la nulidad o anulabilidad pertenece más a la Teoría General del Derecho. Con carácter general puede consultarse F. DE CASTRO: *El negocio jurídico*, 197 1, págs. 471 a 515; J. CASTAN TOBENAS: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. II, ed. 13.^a, 1982, págs. 920 y sigs.; L. DIEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. H, 1979, págs. 283 y sigs., y F. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo U, vol. 1.-, ed. 2.-, 1978, págs. 297 y sigs. Dentro del ámbito del Derecho administrativo cabe destacar, por su carácter general FERNANDEZ RODRIGUEZ (*La doctrina de los vicios....* 1970), SANTAMARIA PASTOR (*La nulidad...*, 1975) o J. L. VILLAR PALASI (*Apuntes de Derecho administrativo. Parte General*, tomo II, Madrid, 1977) que no sólo han resaltado las peculiaridades de la declaración de nulidad en el Derecho público, sino que han reclamado la necesidad de reconstruir todo el concepto para su adaptación a las necesidades de Derecho público.

Sin entrar en la verdadera esencia de este fenómeno una vez admitida la falta de correlación real entre validez y eficacia (véase sobre este particular, J. L. VILLAR PALASI y J. L. VILLAR EZCURRA, *Principios I*, 1987, págs. 288 a 291), podemos decir que nulidad o anulabilidad son los términos que definen, por un lado, los diferentes grados de invalidez de un acto jurídico o una disposición por otro, las consecuencias que acarreará la aplicación a dicho acto negocio -J. A. SANTAMARIA PASTOR ha resaltado estos dos aspectos erigiendo nulidad y anulabilidad como conceptos puente entre una determinada irregularidad, destacando su significación jurídica y la reacción del Ordenamiento frente a su producción. Construcción a la que por su claridad nos sumamos *La nulidad de pleno derecho*, cit., págs. 170 y sigs.

En cuanto al concepto de *inexistencia*, tomada del Derecho francés, y la utilidad de su estudio en el Derecho español nos remitimos al análisis de este concepto que realiza PUIG BRUTAU en *Fundamentos II*, 1º págs. 297 y 301.

Una posición puramente procesalista de la teoría de la nulidad la encontramos en SANTAI PASTOR, que entiende que esta categoría se caracteriza por la excepción a principios procesales de la acción de anulación que permiten una mayor radicalidad en la proscripción de efectos. Así la nulidad se caracteriza por excepcionar las reglas de legitimación (no es necesario ser parte para aducirla), prescripción (no se convalida con el transcurso del tiempo) y de rogación (no es necesaria que sea alegada por las partes ya que el juzgador puede apreciarla de oficio, *La nulidad de pleno derecho*, cit., págs. 170 y sigs. Esta posición ha sido criticada por BOQUERA OLIVER («Grados de ilegalidad ... », cit., págs. 123 y sigs.).

No obstante, la gran fecundidad de la tesis de SANTAMARIA consiste en destruir la correlación entre nulidad y automaticidad de efectos que podría desprenderse de la eficacia *ipso iure* de esta categoría.

(50) Sin detenernos más de lo imprescindible en este tema, podemos indicar que la definición de ambos conceptos ha de realizarse de una *forma relacional*, de tal forma que:

a) La nulidades una *ineficacia estructural* -porque deriva de una irregularidad en la formación de acto-, *radical* -porque se produce ipso iure, sin necesidad de que sea ejercitada por los interesados-, *normalmente absoluta* --es decir, despliega sus efectos frente a todos, salvo contadas excepciones y originaria, sin

perjuicio de que en ocasiones quepa la modalidad de sobrevenida (*Fundamentos I, 1º*, pág. 301), a lo que habría que añadir el carácter *definitivo, inconfirmable y la insanabilidad de la prescripción* (DE CASTRO: *El negocio jurídico*, págs. 474 a 481), y *la extensión de la legitimación* a aquellos que puedan tener un interés en su anulación (DE CASTRO, cit., págs. 482 y 483. Hay que dejar a salvo los casos de conversión y convalecencia que analiza este autor en las páginas 485 a 491). Su efecto principal es una «reacción en cadena, que se produce al extenderse la condición de nulo a todos los derechos y títulos basados en el negocio que se declaró nulo», lo cual «se detiene sólo respecto de los terceros de buena fe, que legítimamente hayan podido confiar en la validez del negocio», así como ««la repristinación" de la situación jurídica (*in pretinum restituere*); es decir, es de la eficacia retroactiva de la declaración, restablecedora de legalidad» (DE CASTRO, cit., pág. 483).

b) La anulabilidad es una *ineficacia estructural y provocada* -ya que debe ser accionada por las partes interesadas en su eliminación (*Fundamentos I, 1º*, pág. 306)-, por lo que la acción de anulación *tiene el carácter de declarativa y restitutoria*, según DE CASTRO (*El negocio jurídico*, cit., pág. 504), *correspondiendo su ejercicio a las partes del contrato* así como a los perjudicados, y el *plazo de ejercicio* es de cuatro años (DE CASTRO, cit., pág. 509). A diferencia de la nulidad, estas irregularidades son convalidables por confirmación (DE CASTRO, cit., págs. 512 a 515).

(51) Sobre este tema debe remitirse al estudio de CORDERO TORRES: *El Consejo de Estado. Su trayectoria y perspectivas en España*, Madrid, 1944; PEREZ HERNANDEZ: *El Consejo de Estado*, Madrid, 1965; también GARCIA DE ENTERRIA: «Estructura orgánica y Administración consultiva», en *La Administración española*, 1972, págs. 35 y sigs., o J. A. GARCIA-TREVIJANO y FOS: *Tratado de Derecho administrativo*, tomo II, Madrid, 1967, págs. 639 a 658. Más recientemente, J. R. PARADA VAZQUEZ: *Derecho administrativo (Organización y empleo público)*, 2.ª ed., Madrid, 1988, págs. 258 y sigs. y A. MARTINEZ MARIN: *Derecho administrativo (La organización administrativa)*, Madrid, 1986, págs. 417 y sigs.

(52) Véase al respecto la referencia que realiza L. MARTIN RETORTILLO, en *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, págs. 284 y sigs.

(53) Sobre este tema véase el trabajo de M. BRAVO-FERRER DELGADO: «Consejo de Estado y Estado de Autonomías», *REDA* 60, págs. 569 y sigs.

(54). «BOE» de 25 de abril de 1980.

(55). Como indica A. MARTINEZ MARIN (*Derecho administrativo*, 1986, págs. 408 y sigs.; también en sus estudios «La Administración consultiva italiana», *DA* 189, 1981, págs. 95 a 161, y «La Administración consultiva en Bélgica», *DA* 195, 1982, págs. 65 a 138), la función consultiva no ha sido estudiada en profundidad ni en nuestro país ni en el Derecho comparado de los países de régimen administrativo. En nuestro país, salvo algunos estudios aislados como el de GARCIA DE ENTERRIA («Estructura orgánica...», cit., págs. 55 y sigs.) y un reciente estudio de FONT I LLOVET («Organos consultivos», *RAP* 108, 1985, págs. 53 y sigs.), puede corroborarse la anterior afirmación, pese a la importancia creciente que tiene esta función.

(56) «Organos consultivos», 1985, pág. 55.

(57) «En el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento.»

(58) «Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando así lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.»

(59) «1. A efectos de la resolución del expediente se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los que se juzguen absolutamente necesarios para acordar o resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos.

2. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita el

dictamen» (art. 84 LPA).

(60) Artículo 20.2 LOCE. Se trata de las *mociones*, verdadero dato diferencial de las funciones consultivas del Consejo de Estado respecto del resto de los Cuerpos consultivos. Para un estudio de estas manifestaciones de la función consultiva de este alto Consejo, me remito a GARCIA-TREVIJANO y FOS, en su *Tratado II*, cit., 1967, págs. 663 y 664.

(61) Artículo 26 LOCE. Por cierto, en este caso, se concede una independencia mayor que la que le concede al Consejo General del Poder Judicial, al cual le corresponde únicamente la «elaboración y aprobación del anteproyecto de presupuesto ... » (art. 107 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, «BOE» de 2 de julio de 1985).

(62) Véanse los artículos 7.º a 9.º LOCE.

(63) En este sentido, por todos, A. PEREZ-TENESSA: «Perspectivas del Consejo de Estado», *REDA* 22, 1979, págs. 349 y sigs. También PARADA VAZQUEZ: *Derecho administrativo*, cit., 1988, págs. 258 y sigs.

(64). PEREZ-TENESSA: «Perspectivas del Consejo de Estado», cit., 1979, págs. 349 y sigs.

(65). Incluso, aun equiparando la función consultiva a la de control en la sugestiva construcción que realiza T. QUADRA-SALCEDO («El Consejo de Estado en un Estado social y democrático de Derecho», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, 1988, págs. 207 y sigs.), esta función de control sería difícilmente reconducible al tipo de control de legalidad que realizan los Tribunales. Sobre las dificultades que presenta el concepto de control, véase por todos L. TOLIVAR ALAS: *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, fundamentalmente en sus dos primeros capítulos.

(66). Artículo 86.3 LPA.

(67). GONZALEZ PEREZ (*Comentarios LPA*, cit., págs. 503 y sigs.) indica la conveniencia de utilizar con prudencia la facultad contenida en el artículo 86.5 LPA, y en todo caso no la cree aplicable a aquellos informes vinculantes, salvo que tengan establecido un plazo de silencio positivo. En análogo sentido, aunque en contra de la exclusión de los informes preceptivos, F. GONZALEZ NAVARRO: «Los informes administrativos», en *Organización y procedimientos administrativos*, Madrid, 1975, págs. 365 y, más recientemente, en *Derecho administrativo*, tomo II, Pamplona, 1988, pág. 441.

(68) Por todos J. GONZALEZ PEREZ: *Comentarios LPA*, págs. 354 y 355.

(69) Así lo interpretó el propio Consejo de Estado en su «Moción sobre la consulta al Consejo de Estado de los Reglamentos ejecutivos de las leyes», *RAP* 69, 1972, págs. 469 y sigs.

(70). *Derecho II*, págs. 434 y sigs.

(71). M. V. DE DIOS VIETIEZ: «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria? », *REDA* 60, 1988, págs. 631 y sigs.

(72) GONZALEZ NAVARRO: *Derecho II*, cit, 1988, págs. 434 y sigs.

(73) Artículo 21 LOCE.

(74) Artículo 22 LOCE.

(75) J. M. RODRIGUEZ OLIVER: «Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas», *REDA*, págs. 257 y sigs. Una exposición completa de las diferentes posiciones doctrinales sobre el problema puede encontrarse en M. BRAVOTERRER: «Consejo de Estado ... », cit., págs. 571 a 577.

(76) J. MESTRE DELGADO: «Reglamentos autonómicos y Consejo de Estado (Comentario a la sentencia TS, 17 de febrero de 1988)», *REDA* 59, 1988, págs. 451 y sigs.

(77) Ponente: GONZALEZ NAVARRO: *Repertorio Aranzadi (RA)* 1184/88.

(78) El Decreto impugnado era el número 169/1963, de 12 de abril, de la Generalidad de Cataluña, sobre unidades mínimas de cultivo, que fue objeto de un recurso directo.

(79) Ponente: J. I. JIMENEZ FERNANDEZ (*RA* 5258/1987), en la que se impugnaba mediante recurso directo el Decreto de la Generalidad de 15 de julio de 1983, sobre Protección del Medio Ambiente.

(80) Con el mismo asunto y ponente, RA 410/1988.

(81) Ponente: J. I. JIMENEZ HERNANDEZ (RA 2481/1988).

(82) En análogo sentido podemos citar las sentencias de la Sala Quinta del TS, de 6 de junio de 1988 (P. A. MATEOS GARCIA, RA 4533/1988), por la que se anula el Reglamento de ejecución de la Ley de Reforma Agraria Andaluza; Sala Cuarta del TS, de 26 de julio de 1988 (J. BARRIO IGLESIAS, RA 6329/1988) en la que se anula el Decreto de 10 de enero de 1986 dictado por el Gobierno Canario sobre ordenación funciona de las zonas de salud y puesta en marcha de los equipos de atención primaria.

(83) Situación paradójica como señala J. DE LA CRUZ FERRER: «Sobre el control de la discrecionalidad ... », cit., 1988, págs 65 y sigs.

(84) *Curso I*, 1989, págs. 127 y 128.

(85) La clasificación podría complicarse más si mezclamos estos dos cauces con la existencia de procedimientos especiales *ratione materiae*; sin embargo, tal combinación tendría interés únicamente a los efectos procesales y no, al menos en principio, respecto del problema que estudiamos, por lo que no haremos alusión ni estudiaremos tal clasificación.

Cronológicamente, la primera en surgir es el control indirecto, que aparecerá con la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1988, pese a que, como recoge L. MARTIN REBOLLO (*El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1988*, Madrid, 1975), en el dictamen de la Comisión del Congreso se admitiera el directo, para el caso en que la disposición violase un derecho subjetivo (págs. 157, nota 33, y 160, nota 34). Con anterioridad no existía forma alguna de control sobre tales disposiciones -ausencia de control que no se desprende únicamente de la concepción del Reglamento como ejecución de la Ley o emanación de la potestad discrecional y ámbito propio y específico del poder judicial (estudiadas en nuestro país por A. GALLEGO ANABITARTE: «Ley y reglamento en España», RAP 57, 1968, págs. 92 y sigs., y más recientemente J. A. SANTAMARIA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, tomo I, 1988, págs. 92 y sigs.), sino de los propios textos normativos de la época que vinculan la jurisdicción administrativa únicamente a las resoluciones (arts. 8.º de la Ley de Creación de los Consejos Provinciales de 4 de abril de 1845, 11 de la Ley de Creación del Consejo Real de 6 de julio de 1845 y 46 de la Ley del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860), doctrina ésta confirmada por algunas resoluciones, como ha manifestado NIETO (*Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, 1986, págs. 182 y sigs)- hasta el reconocimiento de la potestad de inaplicar los reglamentos contrarios a las leyes por el artículo 7.º de la Ley Provisional de Organización del Poder judicial de 1 de septiembre de 1870. Respecto a esta técnica el recurso indirecto presentaba el innegable avance de que permitía eliminar formalmente el reglamento del mundo del Derecho con la declaración de invalidez. Sin embargo, no es menos cierto que implicaba un estrecho cauce de control. Para que los Tribunales pudieran declarar la invalidez del reglamento se requería, conforme al artículo 3.º («El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos de los particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringen la ley en la cual se originaron aquellos derechos»): i) un acto de aplicación de la disposición, a través del cual se monta el control; ii) que el reglamento fuese contrario a la ley, y iii) que se violase un derecho subjetivo del particular. A esta compleja serie de requisitos, que de por sí ya ocasionaban una importante problemática conceptual, se le añadió una jurisprudencia extremadamente formalista, que impidió en la práctica una eficacia que pudiera calificarse de aceptable en lo que se refiere a este control (en este sentido la crítica de GARCIA DE ENTERRIA a esta concepción en *Legislación delegada*, cit., págs. 19 a 21).

Por ello, y sin perjuicio de la admisión aislada de impugnación directa por los Tribunales era sentida la necesidad de implantar un control directo y abstracto sobre este tipo de disposiciones, aspiración que se fue abriendo paso lenta y tortuosamente que admitió recurso directo contra el acto de aprobación de las

Ordenanzas fiscales municipales (por todos me remito A. EMBID IRUJO: *Ordenanzas y reglamentos municipales ...* (1978, págs. 204 y sigs.). La propia Constitución de 1931 recogería la existencia de este recurso, aunque tal previsión no llegara a desarrollarse (véanse a este efecto las reflexiones realizadas por N. ALCALA-ZAMORA por la falta de desarrollo de este extremo (*Lo contencioso-administrativo*, 1953, citado por GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal administrativo*, tomo II, Madrid, 1967, pág. 390; respecto al intento de reducir su operatividad encargando el conocimiento de tales asuntos al Tribunal de Garantías Constitucionales, y las vicisitudes de tal proyecto, puede verse S. MARTIN-RETORTILLO: «La desviación del poder en el Derecho español» RA 22, 1957, pág. 157). La legislación local de los años cincuenta amplía el ámbito del recurso directo contra los reglamentos locales, sin importar cuál fuera la materia. La innovación se produce por vía de un exceso en la delegación operada por la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, en cuyas bases no se establecía tal posibilidad -tan sólo figura la posibilidad de impugnar Ordenanzas Fiscales, en el párrafo 3.1 del artículo 386 del Texto Articulado. Tal previsión general pasará al artículo 3.º del texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 1952. La coexistencia de dos vías de impugnación ocasionará, no obstante, algunas dificultades en cuanto a la interpretación de la relación entre ambas. Así la doctrina denunció el peligro de que la falta de impugnación directa precluyera la posibilidad de una posterior impugnación directa de la norma (tales problemas estaban ocasionados no sólo por la reticencia de la jurisprudencia que desplegaba toda una batería de argumentaciones de carácter formal, impeditores del éxito de la impugnación de la disposición reglamentaria, sino de la concurrencia y relación de ambas vías de impugnación (M. CLAVERO AREVALO: «El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local», separata de la RGLJ, 1951). En todo caso la experiencia anterior servirá para la definitiva consagración del control de la potestad reglamentaria por los Tribunales. La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ya anunciará la competencia de estos tribunales sobre las disposiciones de rango inferior a la Ley en su artículo I." («La Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley»), admitiendo dos vías de control, la directa y la indirecta. Ambas estarán reguladas en el artículo 39 de la Ley, en el que se resuelve la no preclusividad de la falta de ejercicio de la impugnación directa respecto de la vía indirecta.

El proceso se consolida con el vigente artículo 106.1 de la Constitución, al indicar:

«1. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

(86) Doctrina respecto de la que se muestra muy crítico GONZALEZ PEREZ: Comentarios LJCA, 1978, páginas 586 y sigs.

(87) Ponente: Nicolás GONZ DE ENTERRIA (RA 2731/1973).

(88) Ambas con ponencia de don Espín CANOVAS (RA 4139/1973 y 0845/1974, respectivamente).

(89) Ponente: E. AMAT CASADO (RA 4603/1973).

(90) Ponente: C. CONTRERAS DUEÑAS (RA 3948/1974).

(91) Ponente: C. CONTRERAS DUEÑAS (RA 3280/1975).

(92) RA 10221/1972.

(93) RA 1695/1972.

(94) RA 2489/1972.

(95) Véase al respecto los argumentos recogidos por GARJUDO FALLA: (Tratado III, 1963, cit.).

(96) Véase cuanto se dijo al respecto al inicio de este trabajo.

(97) Ponente: N. GOMEZ DE ENTERRIA (RA 18701/1974).

(98) Esta argumentación concurre con otra de carácter puramente procesal en los términos que siguen: «... pero tales infracciones, de existir, no determinan la nulidad de la Ordenanza en su conjunto, ni

afectan a disposición alguno de dicha ordenanza, en aplicación de la cual se haya producido el acto impugnado, lo que lleva consigo que carece de validez la pretendida anulación de este acato por supuestos defectos de la norma general, sin que pueda desconocerse que el artículo 725 de la Ley de Régimen Local, tratándose de impugnar el acto o disposición de carácter general, prevé unas vías distintas a la aquí seguida, y así concede recurso ante el Ministerio de Hacienda frente al acuerdo de la Delegación en materia de nuevas exacciones, y la vía contencioso-administrativa contra el acuerdo del Delegado de Hacienda sobre la aprobación o modificación de las Ordenanzas a diferencia de lo que ocurre cuando se trate de aplicación y efectividad de exacciones, supuesto que, según el artículo 727 de la misma Ley, procede la vía económico-administrativa, es decir, que no se trata de una impugnación directa de la Ordenanza ni del acuerdo de imposición y los defectos alegados no afectan al acto combatido, no pueden aducir tales alegaciones para anular el acto recurrido».

Esta concurrencia de argumentaciones formales pone de manifiesto la profunda resistencia de los Tribunales a ejercer un control real sobre la potestad reglamentaria, como más adelante tendremos oportunidad de comprobar.

(99) Una argumentación semejante la encontramos en la sentencia de la misma Sala y ponente de 23 de septiembre de 1977 (*RA 3540/1977*), también relativa a una Ordenanza Fiscal y en cuyo considerando 2.º se indicaba: «Que la impugnación directa de las disposiciones de categoría inferior a la ley, sean de carácter general o de ámbito reducido al territorio de una Entidad Local, está sometida en cuanto al régimen de plazos, al artículo 58 y concordantes de la Ley de lo Contencioso-administrativo, de tal suerte, que si el recurso directo no se realiza, las posibles irregularidades determinantes de la anulabilidad quedan convalidadas, y sólo podrán esgrimirse, en el posterior recurso indirecto como consecuencia de la primacía de la ley y del principio de jerarquía de las normas, aquellas infracciones sustantivas del ordenamiento jurídico en que la disposición reglamentaria pueda incurrir, por tratarse entonces de causas de nulidad de pleno derecho, como dieron a entender las sentencias de 23 de junio de 1973 y 6 de abril de 1974, entre otras.»

(100) Ponente: Manuel GARCIA MIGUEL (*RA 1781/1974*).

(101) Originalmente en «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales», *REDA* 9, págs. 345 y sigs., y más tarde en sus *Comentarios LPA*, págs. 877 y sigs., y *Comentarios LJCA*, págs. 597 y sigs.

(102) *Comentarios LJCA*, pág. 599.

103 Entra otras podemos citar: Sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 3 de noviembre de 1986 (ponente: M. GARAYO SANCHEZ, *RA 7735/1986*, relativo a la impugnación de unas liquidaciones a la Seguridad giradas en ejecución del Real Decreto 1858/1981, de 20 de agosto, que es la norma que impugna directamente) o Sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 1 de diciembre de 1987 (ponente: Juan GARCIA-RAMOS ITURRALDE, *RA 9337/1987*, relativo a la validez del Decreto 3052/1966, de Disciplina de Mercado).

(104) Ponente: S. GUTIERREZ DE JUANA (*RA 411/88*).

(105) Ponente: F. J. DELGADO BARRIO (*RA 4162/1987*).

(106) Ponente: Mariano DEL ORO-PULIDO LOPEZ (*RA 7670/1987*).

(107) Ponente: Mariano DEL ORO-PULIDO LOPEZ (*RA 8284/1987*).

(108) Ponente: J. GARCIA ITURRALDE (*RA 9337/1987*).

(109) Ponente: J. SALVADOR RUIZ PEREZ (*RA 9496/1987*).

(110) Ponente F. 1. DELGADO BARRIO (*RA 790/1988*), en este caso se enjuicia la validez del Real Decreto 373/1982, de medidas de fomento a la construcción de viviendas, a través de una Orden de Presidencia del Gobierno de 27 de mayo de 1982. El TS no aprecia como determinante de la invalidez de dicho Real Decreto, la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, si bien anula el artículo 4.º,

por falta de cobertura legal de las medidas que allí se contienen.

(111) Ponente: J. SALVADOR RUIZ PEREZ (RA 1780/1988).

(112) Ponente: J. GARCIA RAMOS, (RA 3719/1988).

(113) Ponente: F. GONZALEZ NAVARRO (RA 4497/1988).

(114) Ponente: J. GARCIA-RAMOS ITURRALDE (RA 3956/1988). Hay que indicar que todas las sentencias precitadas, a excepción de la de 8 de febrero de 1988 (RA 790/1988), enjuiciaban la legalidad del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, en materia de Disciplina de Mercado.

(115) Ponente: M. DEL ORO-PULIDO LOPEZ (RA 3959/1988).

(116) Ponente: J. M. REYES MONTERREAL (RA 3774/1987).

(117) Ponente: J. GARCIA ESTARTUS (RA 3918/1988), también en materia de Disciplina de Mercado.

(118) Ponente: F. GONZALEZ NAVARRO (RA 5908/1987).

(119) Sobre la problemática ocasionada por esta anulación me remito a mi trabajo...

(120) Por todos, P. DEVOLVE: L'acte *administratif* París, 1983, págs. 159 a 165, y fundamentalmente las páginas 164 y 165.

(121) Fundamento jurídico 3.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(122) Fundamentos Jurídicos 4.º y 6.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(123) Fundamento Jurídico 4.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(124) Fundamento Jurídico 4.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(125) Ya anunciada por el mismo ponente en una sentencia anterior de 7 de marzo de 1987, que estudiaremos más adelante.

(126) Fundamento Jurídico 5.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(127) Ponente: P. MARTIN MARIIN (RA 74381/1987).

(128) Ponente: J. SALVADOR RUIZ PEREZ (RA 1133/1988).

(129) Ponente: J. SALVADOR RUIZ PEREZ (RA 1780/1988).

(130) Ponente: P. MARTIN

(131). J. S. RUIZ PEREZ (RA 3757/1988).

(132) M. DE ORO-PULIDO (RA 5332/1988).

(133) Ponente: F. GONZALEZ NAVARRO (RA 2332/1988).

(134) Las referencias que siguen al texto de la sentencia se encuentran en su totalidad contenidas en el Fundamento Jurídico 5.º (Sentencia de la Sala Cuarta del TS 26 de abril de 1988).

(135) Ponente: J. SALVADOR RUIZ PERE (RA 4601/1988). También en materia de Disciplina de Mercado.

(136) *Derecho II*, págs. 153 y sigs.

(137) «El dictamen del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos. ¿Control de legalidad o coparticipación en la potestad reglamentaria», *REDA 60*, 1988, págs. 43 y 44.

(138) En este sentido, como vimos, se manifestaban GARRIDO FALLA o BOQUERA OLIVER.

(139) BOQUERA OLIVER: «Grados de ilegalidad», cit., págs. 154 y sigs.

(140) Véase más adelante. Ya aludimos con anterioridad a la interpretación que se da comúnmente al artículo 47. 1 c) LPA, incluyendo dentro de la omisión del procedimiento, además de la inexistencia de tramitación alguna, la utilización de un procedimiento distinto al legalmente previsto o la inactuación de los trámites «esenciales».

(141) Tesis a la que se llega de la mano de la sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 2 de junio de 1987.

(142) En este sentido, podemos citar, entre los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, las sentencias de la Sala Cuarta de 17 de marzo de 1987 (Ponente: J. M. REYES MONTERREAL (RA 3774/1987, y en recurso de revisión de 23 de mayo de 1988. Ponente: J. GARCIA ESTARTUS (RA

3918/1988), también en materia de Mercado.

(143) Por otro lado hay que recordar que esta idea de infracción manifiesta no juega exactamente como criterio, de discriminación de las distintas formas de validez, sino que la LPA la utiliza como criterio de determinación del ámbito de la revisión de oficio de la impugnación previa de declaración de lesividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 LPA.

(144) Es curioso que -a pesar que en otra parte de este trabajo hemos propugnado un significado restrictivo en su aplicación--- exista precisamente respecto a los informes en general un precepto que indique la posibilidad de proseguir el procedimiento en el caso en que no fuere evacuado en plazo (art. 85 LPA)

(145) Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 17 de mayo de 1987 (Fundamento Jurídico 2.º).

(146) Comentarios LJCA, cit., pág. 599.

(147) RA 2332/1988.

(148) Ponente: E. PUJALTE CLARIANA (RA 7881/1987).

(149) Hay que indicar que la sentencia emplea como precedente supuestos en que se dictó la nulidad en recursos directos, si bien la importancia de este pronunciamiento es que el supuesto se produce en una impugnación indirecta, además que es posterior a la sentencia de revisión de 29 de octubre de 1987, que había sentado la doctrina contraria.

(150) Ponente: MENDIZABAL ALLENDE (RA 1640/1988).

(151) «La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2.º» (art. 39.3 LJCA).

(152) J. GONZALEZ PEREZ: «El control por los Tribunales de la potestad reglamentaria» en *Gobierno y Administración en La Constitución, vol. I*, Madrid, 1988, pág. 787.

(153) Ponente: J. GARCIA ESTARTUS (RA 3632/1987), dictada en una impugnación indirecta del Plan Parcial de Tabernes Blanques.

(154) Sin perjuicio del artículo 37 LJCA aplicable con carácter general a los actos impugnables, el artículo 38 está dedicado al silencio administrativo y el 40 a los actos no impugnables.

(155) RA 2332/1988.

(156) Por todos, GARCIA DE ENTERRIA: *Legislación delegada ...*, cit., págs. 12 y sigs.

(157) «El control ... », cit., pág. 787.

(158) Actuaciones que no son meramente teóricas -véase el caso de la impugnación de disposiciones locales, que han sido aplicadas después de haber sido anuladas en vía indirecta-, y que constituyen una verdadera conculcación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9 de nuestra Constitución -si por arbitrariedad entendemos decisión sin previo parámetro de legalidad, que en este caso no existe por haber sido anulado.

(159) Sobre el particular nos remitimos por todos a J. GONZALEZ PEREZ: Comentarios LJCA, cit., páginas 595 y 596.

(160) Véase sobre esta jurisprudencia la referencia que refleja J. GONZALEZ PEREZ en «El control por los Tribunales ... », cit., págs. 781 a 783.

(161) RA 5908/1987.

(162) No compartimos el juicio de DE DIOS VIETIEZ («El dictamen del Consejo ... », cit.) al indicar que el Gobierno no hace caso a lo informado por el Consejo de Estado. En primer lugar, porque no nos ofrece datos concretos sobre esta falta de incidencia. En segundo lugar, porque, curiosamente, sí existen algunas materias donde la función consultiva ha ejercido un reconocido papel determinante de la configuración de las instituciones sobre las que se informaban: me refiero al régimen de contratación y responsabilidad. En tercer lugar, hay que recordar que habitualmente, tanto consejeros como letrados han desempeñado

papeles de relevancia en la Administración activa, y nos parece una contradicción con el papel que el corporativismo ha desempeñado tradicionalmente en nuestro país, el obviar los criterios de un órgano que, por otro lado, históricamente se ha ganado un importante puesto dentro del Derecho administrativo. Pero, por último, es que hay que recordar que el Consejo de Estado es un órgano consultivo y no resolutorio, por lo que, evidentemente sus juicios pueden ser seguidos o no por el órgano activo.

(163) Véase lo indicado más arriba en relación con el trabajo de L. TOLIVAR ALAS: *El control del Estado...*, sobre todo en sus dos primeros capítulos.

(164) Es éste el problema inicial que condiciona la argumentación de la totalidad de la sentencia: la caracterización del informe preceptivo como mero acto de control, cualidad que a nuestro juicio no agota la función del informe, circunstancia en la que también incurre la profesora DE DIOS VIETIEZ («El dictamen ...», cit.).

(165) «El Consejo de Estado...», cit., págs. 207 y sigs,

(166) E. GARCIA DE ENTERRIA. y T. R- FERNANDEZ RODRIGUEZ: *Curso I, cit.; J. GONZALEZ PEREZ: Comentarios LPA*, pág. 355, y el propio F. GONZALEZ NAVARRO, en «Los informes administrativos...», cit., págs. 365 y sigs., sin perjuicio que en su libro *Derecho administrativo I*, págs. 153 y sigs., se refleje el cambio de criterio introducido por la sentencia de 2 de junio de 1987.

(167) GONZALEZ PEREZ: *Comentario LPA*, cit., pág. 355.

(168) En todo caso tampoco puede hablarse propiamente de un efecto confirmatorio general debido al efecto limitado a las partes de las sentencias desestimatorias, en contraposición de la eficacia general de las estimatorias conforme al artículo 86 LJCA.

(169) Fundamento Jurídico 4.º, Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 2 de junio de 1987.

(170) RA 2332/1988.

(171) A. CARRETERO PEREZ: «El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo» *RAP 65*, págs. 99 y sigs.

(172) Véase el Fundamento Jurídico 3º, RA 5908/1988, reproducido más arriba.

(173) Sobre los efectos y sus límites de los actos administrativos, me remito por todos a J. ONZALEZ PEREZ: *Comentarios LPA*, cit., págs. 298 y sigs.

(174) Véase al respecto lo que se dijo más arriba respecto de la función de garantía del procedimiento.

(175) Esta argumentación es a nuestro juicio en los casos de los reiterados fallos la validez del reglamento de Disciplina de Mercado, en cuanto en los mismos concurren la cuestión moral de la censurabilidad de los hechos y la posibilidad de que los infractores eludan la acción represora de la Administración.

(176) Véase lo indicado al respecto en la jurisprudencia en la que originariamente se establece esta visión restrictiva.

(177) Ponente: J. GARRALDA VALCARCEL (RA 3844/1987), en la que se anula las normas de admisión de publicidad aprobadas por el Consejo de Administración del Ente Público Radio-televisión Española, de 7 de septiembre de 1983.

(178) Ponente: J. L. MARTIN HERRERO (RA 5499/1987), por el que se anulan los Reales Decretos 2082/1979 y de 4 de mayo de 1984, sobre Cámaras Agrarias.

(179) Ponente: R. MENDIZABAL ALLENDE (RA 5504/1988), por la que se anula una Orden de Presidencia del Gobierno de 10 de agosto de 1985, sobre nuevo margen de las Oficinas de Farmacia.

(180) Ponente: J. L. RUIZ SANCHEZ (RA 649/1988), por la que se anula la Orden de 28 de enero de 1985 sobre tributación del transporte marítimo.

(181) Ponente: R. PEREZ GIMENO (RA 2588/1988), por el que se anula a instancia de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, una Orden de la Consejería de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña de 19 de junio de 1984.

(182) Ponente: J. M. REYES MONTERREAL (RA 3911/1988), por la que se anula el Decreto 165/1985,

por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria sobre condiciones generales de almacenamiento frigorífico de alimentos y productos alimenticios.

En la corrección de este artículo ha aparecido una sentencia que debilita también el requisito del informe previo de la Secretaría General Técnica, dentro de un recurso directo contra reglamentos, si bien tampoco parece claro que procediera, necesariamente, su intervención conforme a derecho dada la naturaleza del acto enjuiciado (Sala Cuarta del TS, de 20 de septiembre de 1988, ponente: F. GONZALEZ NAVARRO, RA 7233/1988).

(183) RAP 6,9, 1972, págs. 469 a 489.

(184) En este sentido, GONZALEZ PEREZ: *Comentarios LJCA*, págs. 597 y sigs.; también en sus *Comentarios LPA*, págs. 877; igualmente podemos encontrar referencia a esta jurisprudencia en el Curso I, pág. 204 de GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ.

(185) Ponente: P. TIN MARTIN (RA 7955/1982), por el que se declaró nulo el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, sobre organización de Hospitales.

(186) Ponente: A. BOTELLA TAZA (RA 8039/1982), por la que se declara nulo el Reglamento 3623/1977, de 1 de diciembre, en materia de medidas provisionales para las Haciendas de las Corporaciones y en la que se indica, por cierto, *que todos los reglamentos son ejecutivos de las leyes, bien sea directamente, o de ejecución del sistema de leyes.*

(187) Ponente: julio FERNANDEZ SANTAMARIA (RA 5868/1983), por el que se declaró nulo el Real Decreto 1073/1989, de 23 de mayo, sobre venta fuera de establecimientos comerciales.

(188) Ponente: M. DELGADO-IRIBARREN (RA 4244/1984), por el que se declara nulo el Real Decreto 895/1982, de 30 de abril, en materia de juego.

(189) Ponente: A. IIN DEL BURGO (RA 4872/1984), por el que se declara nulo el Real Decreto 895/1982, de 30 de abril, en materia de juego.

(190) Ponente: J. M. REYES MONTERREAL (RA 4603/1986).

(191) Ponente: A. BRUGUERA MANTE (RA 431/1987), por el que se declara nula la Orden de 4 de febrero de 1985 sobre personal jerarquizado de la Seguridad Social.

(192) Ponente F. J. HERNANDO SANTIAGO (RA 3318/1987).

(193) Ponente: A. BRUGUERA MANTE (RA 8793/1987), por el que se declara nulo el Real Decreto 2647/1985, de 18 de diciembre.

(194) M. DE ORO PULIDO, RA 3959/1988.

(195) P. A. MATEOS GARCIA, RA 4533/1988.

(196) Que ha llevado a admitir DE DIOS VIETIEZ («El dictamen del Consejo de Estado...», cit.) que el criterio tradicional de la jurisprudencia ha sido uniforme alrededor de la nulidad.

(197) RA 7955/1982.

(198) Considerando cuarto de la sentencia (el subrayado es nuestro).

(199) Tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Sala Cuarta del TS, de 10 de noviembre de 1987 (RA 8793/1987).

(200) Ponente: F. GONZALEZ NAVARRO (RA 5241/1987).

(201) Fundamentalmente, BOQUERA OLIVER: «Grados de ilegalidad ...», cit., págs. 153 y sigs.

(202) Ponente: J. FERNANDEZ HERNANDO (RA 4387/1961).

(203) Con el mismo ponente que la anterior (RA 4833/1962).

(204) Ponente: J. RODRIGUEZ HERMIDA (RA 148/1977), por la que se declara nula la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 19 de septiembre de 1972, por la que se creaba la Comisión Nacional de Escuelas Universitarias de Arquitectura.

(205) Ponente: A. RODRIGUEZ GARCIA (RA 1154/1988), en la que se reitera que la omisión de tabla de vigencias no es reconducible a los supuestos contemplados en el artículo 48.2 LPA.

(206) «Nulidad de reglamentos ... », cit., págs. 390 y sigs.

207 Ponente: A. MARTIN DEL BURGO (RA 1448/1977).

208 La sentencia determina como no invalidantes la omisión de la tabla de vigencias, así como el incumplimiento de los plazos de tramitación.

(209) «Nulidad de los reglamentos ... », cit., pág. 390.

(210) Ponente: Teodoro FERNANDEZ DIAS (RA 3853/1986).

(211) Ponente: A. RODRIGUEZ GARCIA (RA 549811986).

(212) Ponente: J. M. SANCHEZ-ANDRADE (RA 3986/1987).

(213) RA 5908/1987. 214

(214) RA 3232/1988.

(215) Véase cuanto se ha dicho al respecto en apartados anteriores en relación con la doctrina de las sentencias de la Sala Tercera de 23 de junio de 1973, 13 de noviembre de 1973, 25 de febrero de 1974, 18 de diciembre de 1973, 23 de octubre de 1974 y 24 de septiembre de 1975.

(216) Véase lo indicado al respecto de la irrelevancia de este trámite en el recurso indirecto.