

LA INAPLICACION ADMINISTRATIVA DE REGLAMENTOS ILEGALES Y LEYES INCONSTITUCIONALES

Por

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Doctor en Derecho. Universidad Cardenal Herrera - CEU

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIÓN DE INAPLICACIÓN.—III. PRESUPUESTO DE LA INAPLICACIÓN: LA INVALIDEZ DE LA NORMA INAPLICADA.—IV. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE INAPLICAR LAS NORMAS INVÁLIDAS: 1. *Inaplicación de reglamentos*: A) Compatibilidad con la «inderogabilidad singular» de los reglamentos. B) Compatibilidad con la seguridad jurídica. C) Inaplicación y presunción de validez de los reglamentos. D) La celeridad de la actividad administrativa. E) Inaplicación y falibilidad de la Administración. F) El recurso administrativo *per saltum* contra los actos dictados en aplicación de un reglamento. G) La inaplicación como ejercicio responsable de las propias competencias. H) Inaplicación y tutela judicial efectiva. 2. *Inaplicación de leyes*: A) La invalidez de las leyes inconstitucionales todavía no anuladas. B) El supuesto monopolio del Tribunal Constitucional para enjuiciar la validez de las leyes. C) La prohibición dirigida a los Juzgados y Tribunales ordinarios de inaplicar leyes inconstitucionales. D) La falta de legitimación de la Administración para plantear cuestiones de inconstitucionalidad. E) La legitimidad democrática del Legislador y su superioridad sobre la Administración.—V. EL DEBER DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE INAPLICAR NORMAS INVÁLIDAS: 1. *Titulares de órganos sometidos a instrucciones jerárquicas*. 2. *Titulares de órganos funcionalmente independientes*.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es estudiar si la Administración y las personas que se integran en su organización pueden o deben inaplicar las normas legales y reglamentarias que estimen inválidas. Se trata de un viejo problema que no ha perdido actualidad. Ya en 1843, POSADA HERRERA se preguntaba si los ciudadanos y las autoridades administrativas y judiciales debían acatar las normas jurídicas que considerasen contrarias a Derecho:

«Por regla general, todos los preceptos así del poder legislativo, como del administrativo, exigen precisa y necesariamente la obediencia, no sólo en todos sus diversos agentes, sino también en todos los súbditos del país: la regla general es la obediencia ciega, sin que sea permitido, así al agente de la administración, como al ciudadano particular, examinar si la ley o la orden está en contradicción con los principios generales que mar-

can la línea de atribuciones en la constitución del país: pero al lado de esta regla general, al lado de este principio, hay otro aún más sagrado, que es el juramento que todos han hecho de guardar las leyes de la nación y conservar ilesa la Constitución que ella misma se ha dado. Cuando el poder legislativo se sale fuera de los límites que la Constitución del Estado señala y de la esfera que le es propia; cuando el poder ejecutivo usurpa las atribuciones del legislador, dirigiéndose hacia la tiranía, entonces los pueblos, los diferentes agentes de la administración y los individuos particulares, no necesitan preguntar lo que deben hacer. En estos casos violentos, de desgracia y de infortunio para las naciones, lo que debe hacer el hombre particular es lo que le dicte su conciencia siguiendo el camino que el buen español no se niega nunca a seguir. Esto, repito, no se puede sujetar a reglas ni a principios fijos, la prudencia es la única medida» (1).

Seguidamente, dicho autor matizaba esta conclusión provisional: «Cuando el poder administrativo, saliéndose fuera del círculo de las leyes, diera disposiciones que alteraran los derechos individuales, el *poder judicial* debería tener energía para resistirse a aplicarlas acatando los derechos del individuo». En cambio, «respecto de los *agentes de la administración*, en ningún caso puede presentarse la cuestión de obediencia o resistencia. Estos agentes deben obedecer siempre, y cuando crean que no deben hacerlo así, porque el poder administrativo se haya salido de su esfera, deben abandonar su puesto, siendo fieles y leales al gobierno o autoridad superior que allí los haya colocado» (2).

El deber de Juzgados y Tribunales de inaplicar normas reglamentarias o legales inválidas no suscita en la actualidad demasiadas dificultades. Desde 1869, nuestro Derecho positivo obliga a todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción, a inaplicar los reglamentos que estimen ilegales (3). Y la Constitución de 1978 prohíbe a los Jueces y Tribunales ordinarios inaplicar por su propia autoridad las leyes postconstitucionales que consideren contrarias a la misma; para

(1) POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, 1843 (ed. del INAP, Madrid, 1978, t. I, págs. 55 y 56).

(2) *Ibidem*, págs. 56 y 57.

(3) Vid. los artículos 92 de la Constitución española de 1869, 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y 6.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

desobedecerlas, deben cuestionarlas ante el Tribunal Constitucional y aguardar su anulación (4).

En cambio, la inaplicación administrativa de normas inválidas es todavía hoy una cuestión problemática. El Legislador no la ha regulado expresamente. Los Tribunales, órganos administrativos y autores continúan actuando y opinando sobre este punto de manera dispar. Ello nos ha movido a realizar el presente trabajo.

II. NOCIÓN DE INAPLICACIÓN

Inaplicar una norma jurídica consiste, sencillamente, en prescindir de la misma para resolver un caso en el que tenía vocación de ser aplicada. Se resuelve sin observar la norma (5); se actúa en un caso concreto sin ajustarse a lo dispuesto en ella.

El sujeto que inaplica la norma no queda obligado, en principio, a actuar del mismo modo en el futuro, y esta actuación tampoco vincula a otros sujetos. Como mucho, la inaplicación tiene el valor vinculante que cada ordenamiento jurídico asigna al precedente. Por eso se dice que «la inaplicación tiene un mero efecto *inter partes*» (6).

A veces, se habla de «excepción de ilegalidad» para referirse a la inaplicación de reglamentos ilegales (7) o de normas contrarias al Derecho comunitario (8). Esta expresión es de origen francés y obedece a que en el país vecino los Tribunales comenzaron a estimarse facultados para inaplicar reglamentos ilegales en casos en los que un ciudadano alegaba que no podía ser condenado por la infracción de una norma administrativa ilegal (9). A nuestro juicio, no resulta muy acertado emplear aquí la palabra «excepción», con la que en la legislación española se designa «todo lo que el demandado pudiera alegar

(4) Vid. los artículos 163 de la Constitución española de 1978 (CE) y 35 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC).

(5) PIETZCKER, *Zur Inzidentverwerfung untergesetzlicher Rechtsnormen durch die vollziehende Gewalt*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 101, 1976, pág. 378.

(6) L. M.^o DIEZ-PICAZO, «Anulación de las normas», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, t. I, pág. 484. En sentido similar, GIERKE, *Die Behandlung rechtswidriger Bebauungspläne*, «Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht», 1985, pág. 62.

(7) GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, t. I, págs. 246 y 247; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1999, t. I, págs. 675 y ss.

(8) Vid. el artículo 241 (antes 184) del Tratado de la Comunidad Europea; CARRERA HERNÁNDEZ, *La excepción de ilegalidad en el sistema jurisdiccional comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; ORTEGA, *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 139 y ss.

(9) Vid. CATHALA, *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, LGDJ, París, 1966, págs. 10 y ss.; RÉGLADE, *L'exception d'illégalité en France*, «Revue du Droit public et de la Science Politique», 1923, págs. 393-425.

con el fin de no ser condenado» (10), porque es indiferente que éste alegue o no la invalidez de una norma jurídica inválida —v. gr., un reglamento— a los efectos de que un Tribunal la inaplique. Es más, en el proceso contencioso-administrativo, generalmente es la parte actora la que suele aducir la inaplicabilidad de normas con el objeto de que se estime su pretensión. Así sucede en el caso del llamado «recurso indirecto», hoy regulado en el artículo 26.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), que dice que, «además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho».

En Alemania se utiliza el término rechazo incidental (*Inzidentverwerfung*) para designar «la inaplicación, debida a una presunta incompatibilidad con normas de rango superior, de una norma jurídica pertinente en sí misma para adoptar una decisión» (11). Prescindimos de esta expresión por carecer de tradición en nuestro lenguaje jurídico.

Conviene distinguir la inaplicación de la anulación. Anular una norma consiste en declarar imperativamente con efectos jurídicos *erga omnes* la invalidez de la misma. Esta declaración tiene carácter general, abstracto y definitivo. General, porque sus efectos se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica; todos deben tener por inválida a la norma anulada y ajustar sus conductas a lo que resulte de esta invalidez. Abstracto, porque con arreglo a dicha declaración ha de resolverse cualquier caso en el que se plantee la invalidez de la norma anulada. Definitivo, porque los efectos jurídicos de la anulación no son provisionales o transitorios, sino permanentes, de vigencia indefinida: la anulación de una norma supone «su expulsión del ordenamiento jurídico de una vez por todas y para siempre, medida irreversible por su propia naturaleza» (12).

Al despejar definitivamente con efectos *erga omnes* la duda existente sobre la invalidez de una norma, la anulación proporciona un gran servicio a la seguridad jurídica, a la igualdad y a la economía procesal, pues prácticamente elimina el peligro de que a partir de entonces los poderes públicos resuelvan contradictoriamente sobre la invalidez de la norma anulada y hace muy improbable que surjan li-

(10) MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional* (con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, t. II, pág. 206.

(11) PIETZCKER, *ob. cit.* (n. 5), pág. 377.

(12) STC 166/1994, de 26 de mayo (FJ 2). En sentido similar, vid. las SSTC 19/1987, de 17 de febrero (FF.JJ. 1 y 6), y 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11).

tigios en los que vuelva a discutirse esta cuestión. La anulación tiene estas ventajas sobre la inaplicación.

III. PRESUPUESTO DE LA INAPLICACIÓN: LA INVALIDEZ DE LA NORMA INAPLICADA

Por definición, las normas jurídicas deben aplicarse en la medida en que gozan de validez, e inaplicarse en la medida en que son inválidas. Y es que, con Kelsen, por validez hay que entender obligatoriedad: el «que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma» (13). Lógicamente, por invalidez habrá que entender no obligatoriedad: que una norma es inválida quiere decir que no hay un deber de actuar de acuerdo con ella.

Debe subrayarse que invalidez no es sinónimo de ilegalidad o, dicho más exactamente, de antijuridicidad. Correlativamente, validez tampoco es lo mismo que legalidad o adecuación a Derecho. Hacemos hincapié en ello porque varios autores identifican ambos pares de conceptos. Se ha dicho, por ejemplo, que «la validez de una norma [equivale] a la legalidad de la misma»; «una norma [es] inválida cuando no se [ha] cumplido la legalidad de su edición» (14); «la validez designa... la relación de conformidad entre una norma... y las normas que regulan su producción», mientras que «se llama inválida toda norma... que esté afectada por uno o más vicios, es decir, que haya sido producida violando una o más normas sobre la producción jurídica» (15).

Probablemente, la causa de la confusión entre ilegalidad —antijuridicidad— e invalidez reside en la tesis implícitamente aceptada de que la primera determina necesariamente la segunda. Pero esta tesis es muy discutible. La disconformidad entre una norma y las reglas a las que ésta debía ajustarse no produce automáticamente la invalidez de la misma. Que no hay una correlación necesaria entre ilegali-

(13) Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (trad. Vernengo), Porrúa, México, 1993, pág. 201.

(14) Fariñas Dulce, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 125, 133 y 134.

(15) Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (trad. Ferrer i Beltrán), Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 320 y 322. En sentido similar, entre otros, Alexy, *El concepto y la validez del Derecho* (trad. Seña), Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 89; Climent Barberá, «La inconstitucionalidad e ineficacia de las leyes y sus consecuencias», *Estudios en homenaje al Profesor Diego Sevilla*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, t. I, pág. 246; L. M.ª Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 165.

dad e invalidez ha sido señalado por iusprivatistas (16), iuspublicistas (17) y estudiosos de la teoría general del Derecho (18). Hay normas irregulares que son, sin embargo, válidas, obligatorias, aplicables. De ahí la enorme importancia que reviste la distinción entre ambos conceptos.

Como señala BELADIEZ ROJO, un acto jurídico debe ser considerado válido no sólo cuando es legal, sino cuando literalmente vale, cuando su conservación «tiene un valor para el Derecho y por ello mismo éste lo protege impidiendo que aquel acto pueda ser eliminado del orden jurídico». La conservación de un acto puede ser valiosa jurídicamente bien porque éste no incurre «en ninguna infracción del ordenamiento jurídico, o bien porque aun incurriendo en graves ilegalidades, ese acto haya creado una situación que el Derecho considere necesario tutelar para salvaguardar así un principio jurídico que en ese caso concreto tiene un mayor peso que el de legalidad» (19). Todo ello puede ser ilustrado con varios ejemplos extraídos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Las SSTC 96/1996, de 30 de mayo (FJ 23), y 235/1999, de 16 de diciembre (FJ 14), declaran inconstitucionales dos preceptos que suponían implícitamente la asunción por el Estado de la totalidad de las competencias relativas a la intervención y disciplina de ciertas entidades financieras, lo que lesionaba las competencias de las Comunidades Autónomas. Lo interesante es que este Tribunal no anula tales preceptos, que siguen siendo provisionalmente aplicables, sino que se limita a apelar al Legislador estatal para que éste repare la inconstitucionalidad. Esta solución se basa, de un lado, en que «le corresponde al Legislador una inicial labor configuradora de lo que pueda estimarse básico en la materia y de la intervención que deba reconocerse, correlativamente, a las Comunidades Autónomas». De otro lado, la «declaración de nulidad... generaría un vacío normativo, sin duda no deseable en materia tan importante como es el régimen sancionador de los establecimientos de crédito».

La STC 195/1998, de 1 de octubre, anula la Ley estatal 6/1992, por la que se declaraba Reserva Natural a las Marismas de Santoña y

(16) Vid. L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, págs. 427 y 428, que utiliza los términos irregularidad e ineficacia para referirse a lo que nosotros llamamos, respectivamente, ilegalidad e invalidez.

(17) Vid., por todos, BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 56 y ss.; BIGLINO CAMPOS, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991, págs. 119 y ss.

(18) Vid. EZQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 191 y ss.; NINO, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, págs. 28 y ss.

(19) BELADIEZ ROJO, *ob. cit.* (n. 17), pág. 57.

Noja, debido a que la competencia para emanar dicha regulación correspondía a la Comunidad Autónoma de Cantabria. El Tribunal tiene presente que «deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración [de inconstitucionalidad] puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia: en el caso aquí enjuiciado, la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña. Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida... La inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas». Pues bien, «para evitar estas consecuencias, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente» (FJ 5) (20).

La STC 208/1999, de 11 de noviembre (FJ 8), declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, por invadir competencias de las Comunidades Autónomas catalana y vasca. Pero dice que «ha de diferirse la nulidad de los mismos hasta el momento en que, establecidos por el Estado los criterios de conexión pertinentes, puedan las Comunidades Autónomas ejercer las competencias que aquí se les reconocen. Pues, de lo contrario, se produciría en la defensa de la competencia un vacío no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella se tutelan podrían verse desprotegidos en el ámbito en el que la potestad ejecutiva correspondiese a las Comunidades Autónomas» (21).

En resumen, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucio-

(20) Sobre esta STC, vid. AGUDO GONZÁLEZ, *Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del Derecho comunitario y protección del medio ambiente*, «Revista de Derecho Urbanístico», 178, 2000, págs. 87-114; R. ALONSO GARCÍA, LOZANO y PLAZA MARTÍN, *El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora*, núm. 148 de esta REVISTA, 1999, págs. 99-132; TEJEDOR BIELSA, *Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre*, «REDA», 101, 1999, págs. 117-126.

(21) Sobre esta STC, vid. BIGLINO CAMPOS, *Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 59, 2000, págs. 303-330.

alidad de ciertas normas legales y, al mismo tiempo, dispone explícita o implícitamente que éstas son provisionalmente obligatorias, aplicables (22).

Este mismo Tribunal, en sus Sentencias 74/1997, 67/1998 y 84/1998, aplica una regulación legal discriminatoria —y, por lo tanto, inconstitucional— al objeto de salvaguardar el derecho fundamental a la legalidad penal. En virtud de la interpretación literal del derogado artículo 487 bis del Código Penal, que castigaba a quien «dejare de pagar... cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio», los Tribunales ordinarios absolviéron a varias personas que habían impagado alimentos fijados en beneficio de sus hijos extramatrimoniales. Pese a constatar y declarar que dicha norma discriminaba a éstos, el Tribunal Constitucional confirmó las absoluciones con el fin de evitar la lesión que para el derecho a la legalidad penal hubiese supuesto la interpretación analógica *in malam partem* de la disposición legal (23).

Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de haber declarado en su Sentencia de 30 de abril de 1996 (*CIA Security International*, 194/94) que las reglamentaciones técnicas nacionales elaboradas con incumplimiento del deber de remisión de información a la Comisión son inaplicables, posteriormente, en su Sentencia de 16 de junio de 1998 (*Lemmens*, 226/97), reconoce cierta aplicabilidad, ciertos efectos jurídicos a las reglamentaciones así viciadas: «Si bien la falta de notificación de reglamentos técnicos... hace que éstos no puedan aplicarse en la medida en que obstaculizan la utilización o la comercialización de un producto que no se ajusta a esos reglamentos, por el contrario, no hace, ilegal toda utilización de un producto

(22) La STC 235/1999 (FJ 14) reconoce que la inactividad del Legislador al objeto de remediar la inconstitucionalidad declarada en la STC 96/1996 «ha deparado la anómala pervivencia de una situación contraria al reparto constitucional y estatutario de competencias». Según la STSJ de Cantabria de 1-6-1999 (Ar. 3288), «siquiera sea transitoriamente, la Ley 6/1992 permanece vigente y es Derecho aplicable». La STC 208/1999 (FJ 8) dice que «del hecho de que no se acuerde la nulidad inmediata de aquellos preceptos de la Ley que se declaran inconstitucionales se infiere la persistencia de una situación anómala, en la que las competencias controvertidas pueden seguir siendo ejercitadas por el Estado. Esa situación es, desde luego, provisional».

(23) Al respecto, vid. CRESPO HELLÍN, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) 74/1997, de 21 de abril*, «Revista General de Derecho», 637-638, 1997, págs. 12165-12177; JIMENA QUESADA, *¿Sentencias constitucionales inconstitucionales? Una fractura en el sistema de fuentes*, «Revista General de Derecho», 652-653, 1999, págs. 111-132; MARTÍN LÓPEZ, *El principio de igualdad: los hijos extramatrimoniales en el delito de impago de pensiones (Comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril)*, «Derecho Privado y Constitución», 11, 1997, págs. 379-418; SESSANO GOENAGA, *Comentario a la STC 67/1998, de 18 de marzo. La constitucionalidad del derogado artículo 487.bis a la luz del principio de igualdad*, «Revista General de Derecho», 657, 1999, págs. 7181-7194.

que se ajuste a los reglamentos no notificados». En este caso, se admite que un alcoholímetro fabricado de acuerdo con una reglamentación no notificada sirva para probar en un proceso penal la embriaguez del Sr. Lemmens (24).

Más adelante se verá que la distinción entre ilegalidad e invalidez permite deshacer algún equívoco surgido en torno a inaplicación administrativa de normas.

IV. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE INAPLICAR LAS NORMAS INVÁLIDAS

La Constitución garantiza la jerarquía normativa (art. 9.3) y obliga a las Administraciones públicas a que actúen con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103.1). Estas deben ajustar su actividad a las normas jurídicas válidas y no a las inválidas. Por lo tanto, no sólo pueden sino que deben dictar sus actos prescindiendo de lo dispuesto en las normas legales o reglamentarias inválidas, que en tanto que inválidas no forman parte del ordenamiento jurídico (25).

La existencia de este deber se aparece con especial claridad cuando la norma que ha de inaplicarse es inválida por padecer un vicio de contenido, por *contradecir* una norma jerárquicamente superior, esto es, cuando existe una antinomia entre ambas. Como es obvio, en este caso no resulta posible darles efecto simultáneamente: o se aplica la una o la otra. Pues bien, nos parece indiscutible que, en virtud del principio de jerarquía normativa, debe preferirse la aplicación de la norma de mayor valor y, correlativamente, la inaplicación de la inferior. Esto ya lo advertía HAMILTON hace más de dos siglos al objeto de justificar la inaplicación judicial de las leyes inconstitucionales:

«Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos perte-

(24) Al respecto, vid. CARRILLO DONAIRE, *Nulidad de los reglamentos por incumplimiento de las obligaciones de la directiva 98/34/CE (La doctrina del TJCE sobre la inoponibilidad frente a terceros de las reglamentaciones técnicas no notificadas. Consecuencias y evolución reciente de la jurisprudencia)*, «Revista Andaluza de Administración Pública», 37, 2000, págs. 127-150.

(25) BACHOF, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 87, 1962, pág. 41; GIERKE, *ob. cit.* (n. 6), pág. 18; KOPP, *Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden*, «Deutsches Verwaltungsblatt», 1983, págs. 823 y 824, parten de esta premisa para defender que la Administración puede inaplicar reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales. En sentido similar, BAUMEISTER y RUTHIG, *Staatshaftung wegen Vollzugs nichtiger Normen*, «Juristen Zeitung», 1999, págs. 117 y ss., que afirman que aplicar una norma nula es contrario a Derecho.

nece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus gobernantes» (26).

No obstante, y como ha señalado PIETZCKER, la Constitución impone aquí simplemente un resultado —que las normas inválidas no sean aplicadas—, pero no dice nada de la potestad de inaplicarlas (27). Una cosa es que estas normas deban ser inaplicadas y otra bien distinta es quién asume la responsabilidad de decidir la inaplicación y a través de qué procedimiento ha de producirse la misma.

1. *Inaplicación de reglamentos*

A) *Compatibilidad con la «inderogabilidad singular» de los reglamentos.*

El artículo 52.2 de la Ley 30/1992 consagra la llamada «inderogabilidad singular» de los reglamentos: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general». Este precepto no se opone a que la Administración inaplique las normas inválidas por ella dictadas (28). Dicha regla no es más que una manifestación del principio de legalidad, del sometimiento de la actividad administrativa al Derecho: la Administración, en cuanto que está sujeta al ordenamiento jurídico, del que forman parte las normas reglamentarias, no puede desconocer en un caso concreto lo dispuesto en ellas (29). Pues bien, lo que demanda el principio de legalidad es, precisamente, la inaplicación de los reglamentos inválidos, que, en verdad, no forman parte del ordenamiento.

El problema se planteó en el caso enjuiciado por la STS de 29 de

(26) HAMILTON, *El Federalista* (con MADISON y JAY), 1788, artículo LXXVIII (trad. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 332).

(27) PIETZCKER, *ob cit.* (n. 5), pág. 382.

(28) En el mismo sentido, J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 525 y 526, pues «esta obligación sólo puede predicarse con respecto a los reglamentos legales».

(29) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, núm. 27 de esta REVISTA, 1958, págs. 76 y ss.

noviembre de 1989 (Ar. 8125). El Ayuntamiento de Badajoz había practicado una liquidación en concepto de tasa por licencia de obras de construcción de un acuartelamiento afecto al Ministerio de Defensa. La liquidación era procedente de acuerdo con un reglamento estatal e improcedente según una ordenanza municipal. El Letrado del Estado alegaba que el Municipio demandado no podía «prescindir de aplicar sus propias normas». El Tribunal Supremo declaró ajustada a Derecho la liquidación, porque la jerarquía normativa, el sometimiento de todos los poderes públicos (y, en concreto, de la Administración) al Derecho, el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, el sometimiento de los órganos jurisdiccionales únicamente al imperio de la ley y su deber de inaplicar las normas administrativas ilegales (arts. 9, 103.1, 106.1 y 117.1 CE y 6.º y 8.º LOPJ) exigían que tanto los Tribunales como la Administración resolvieran la antinomia aplicando el reglamento estatal e inaplicando la ordenanza.

B) *Compatibilidad con la seguridad jurídica.*

Algunos autores sostienen que la sola inaplicación administrativa de un reglamento inválido, como consecuencia de su mera eficacia *inter partes*, crea inseguridad jurídica (30). Lo que conviene a la certeza del Derecho es que se aclare con prontitud, efectos generales y suficiente publicidad la validez o invalidez del mismo. Por lo tanto, antes de ser inaplicados, los reglamentos inválidos deberían ser anulados (31), bien por los Tribunales, bien por la Administración que los dictó.

Cierto es que la seguridad jurídica exige que se anulen cuanto antes los reglamentos inválidos, pero ello no impone necesariamente que primero tenga que ser la anulación y luego la inaplicación. El funcionamiento de la cuestión de ilegalidad constituye buena prueba de ello. Como la simple inaplicación judicial de los reglamentos no seguida de su anulación produce inseguridad jurídica y cierto riesgo de que se emitan sentencias contradictorias, el Legislador dispone que se planteará una cuestión de ilegalidad encaminada a anularlos.

(30) JUNG, *Gemeindliche Verwerfungsbefugnis bei rechtsverbindlichen Bauungsplänen außerhalb des Verfahrens nach § 2.VI BBauG*, «Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht», 1985, pág. 792; VON MUTIUS y HILL, *Die Behandlung fehlerhafter Bauungspläne durch die Gemeinden*, Reckinger, Siegburg, 1983, págs. 54 y ss., 58 y 61.

(31) SCHMIEMANN, «Behandlung rechtsfehlerhafter Bauleitspläne im Baugenehmigungsverfahren. Plankontrolle und Verwerfungskompetenz», *Festschrift für Felix Weyreuther*, Heyman, Köln, 1993, pág. 247; VON MUTIUS y HILL, *ob. cit.* (n. 30), págs. 59 y ss.

Lo que aquí interesa resaltar es que la cuestión se formula cuando ya se ha inaplicado el reglamento; primero es la inaplicación y luego la anulación (32). Algo parecido sucede con la autocuestión de inconstitucionalidad: primero, la Sala del Tribunal Constitucional que conoce de un recurso de amparo inaplica la ley inconstitucional y, luego, eleva la cuestión al Pleno para que éste decida sobre su anulación (33).

Si, como acaba de verse, la seguridad jurídica no impone que en el proceso se produzca primero la inaplicación y luego la anulación, mucho menos en el ámbito administrativo. Téngase en cuenta que la probabilidad de que los órganos administrativos se contradigan entre sí al examinar incidentalmente la validez de un reglamento es menor que en el caso de los órganos jurisdiccionales, puesto que aquéllos pueden señalar mediante circulares e instrucciones a sus inferiores jerárquicos la manera en la que deben interpretar y aplicar las normas jurídicas (art. 21.1 Ley 30/1992), mientras que ello no es posible cuando se trata de Jueces y Magistrados (art. 12.2 LOPJ).

Se ha dicho que la inaplicación administrativa de un reglamento que no ha sido anulado puede lesionar la confianza legítima depositada en el mismo (34). Sin embargo, creemos que aquí se confunde ilegalidad con invalidez. Es verdad que en determinados supuestos debe aplicarse una norma ilegal con la finalidad de evitar una lesión a determinados valores jurídicos. Pensemos en un reglamento viciado en su procedimiento y aparentemente válido que deroga otro anterior que castigaba como infracciones ciertas conductas. Creemos que habría que aplicar el reglamento ilegal y, por lo tanto, inaplicar el derogado respecto de las conductas realizadas antes de la publicación de la sentencia que eventualmente anule el reglamento derogatorio, momento a partir del cual éste pierde su apariencia de validez. Pero, en realidad, se trataría de una norma ilegal parcialmente válida, o inválida *ex nunc*, si se prefiere decir así. La protección de la confianza justificaría la validez y la aplicación de este reglamento durante el referido período de tiempo. *No sólo la Administración, sino también los Tribunales deberían aplicarlo* a los hechos ocurridos cuando era aparentemente válido.

Un problema similar se ha planteado en relación con la facultad del «Tribunal» de Defensa de la Competencia para sancionar las con-

(32) Vid. el artículo 27 LJCA.

(33) Vid. el artículo 55.2 LOTC y URÍAS MARTÍNEZ, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1998.

(34) PAGENKOPF, *Grenzen behördlicher und gerichtlicher Plankontrolle*, «Baurecht. Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht», 1979, pág. 12; VON MUTIUS y HILL, *ob. cit.* (n. 30), págs. 54 y ss., 58 y 61.

ductas restrictivas de la competencia amparadas en un reglamento ilegal; castigar tales conductas supone, obviamente, inaplicar el reglamento que pretendía darles cobertura. Hay autores que afirman categóricamente dicha facultad (35), mientras que otros la niegan, pues aquel órgano administrativo no puede inaplicar reglamentos, a diferencia de los auténticos Tribunales (36). A nuestro juicio, dicho órgano tiene potestad para ello, lo que sucede es que supone un menoscabo para la seguridad jurídica sancionar a un empresario por ajustar su comportamiento a una norma que, muy probablemente, gozaba de una cierta apariencia de validez. Como señala BAÑO LEÓN, en principio, «no cabe que la conducta amparada en [dicha] norma reglamentaria dé lugar a una sanción a las empresas que han confiado en ella» (37). Por esta razón, debe reconocerse cierta validez al reglamento ilegal de cobertura, bien para exonerar de responsabilidad a los que las realizaron, bien para atemperar las sanciones que correspondan. Al respecto, es decisivo determinar en qué medida era legítima, digna de protección, la confianza depositada por los ciudadanos en la norma ilegal.

Así, por ejemplo, la Resolución de este «Tribunal» de 20 de noviembre de 1992 (Ar. 1608) declara contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia ciertas conductas amparadas en un reglamento emanado por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos, pero considera improcedente la imposición de sanciones, pues:

«Es ésta la primera vez que se rechaza por contraria a la libre competencia una práctica, como las órdenes de abstención impartidas por los Colegios de Arquitectos, que *tradicionalmente venían haciéndose con total naturalidad*.

En la medida en que la implantación del derecho de la libre competencia implica *ruptura de situaciones consolidadas e incluso incorporadas a viejas tradiciones sociales, corporativas y empresariales*, conviene ejercitar prudentemente las potestades sancionadoras, bastando en este caso con la pura condena que sirve a su vez de admonición a estos operadores a fin de que cesen totalmente en este tipo de prácticas anticompetitivas.

(35) J. VICIANO PASTOR, *ob. cit.* (n. 28), págs. 525 y ss.; VICENT CHULIA, en el prólogo a dicha *ob. cit.* (n. 28), págs. 22 y 23.

(36) ALVAREZ GARCÍA, *La aplicación de las reglas del Derecho de la Competencia en el mundo de la técnica*, núm. 152 de esta REVISTA, 2000, pág. 153.

(37) BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 94.

Por ello procede no imponer sanciones habida cuenta del limitado efecto que tuvo esta orden de abstención y de que es la primera vez que se examina este tipo de conductas desde la perspectiva de la libre competencia, *que estaban muy arraigadas* en el sector colegial de arquitectos, advirtiendo a estos operadores que en adelante no podrán volver a emitir órdenes de abstención so pena de incurrir en grave infracción de la legislación protectora de la libre competencia» [la cursiva es nuestra].

La Resolución de 28 de julio de 1994 (Ar. 2575), dictada en un caso sustancialmente igual, impone una multa de 2 millones de pesetas al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid. No obstante, el voto particular que acompaña a esta Resolución advierte acertadamente que debía haberse ponderado, primero, que la Ley de Colegios Profesionales ordenaba cumplir y hacer cumplir reglamentos como el cuestionado y, segundo, que el citado Colegio conoció la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la ilegalidad del reglamento después de haber cometido los hechos por los que se le sancionaba.

C) *Inaplicación y presunción de validez de los reglamentos.*

Hay autores que estiman que la presunción de validez de las normas jurídicas, legales o reglamentarias, impide que la Administración pueda inaplicarlas (38). En este sentido, para confirmar la validez de un acto dictado en aplicación del artículo 327.4 del Reglamento del Registro Mercantil, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 26 de junio de 1992 (Ar. 5948) consideró que ese precepto era ajustado a Derecho, pero además arguyó a mayor abundamiento que «no es ésta la instancia adecuada para invocar la ilegalidad de un precepto reglamentario, al menos en tanto no sea jurisdiccionalmente declarada, dado que [éste]... forma parte del ordenamiento jurídico y goza de presunción de legalidad».

El artículo 57.1 de la Ley 30/1992 dispone que «los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se pre-

(38) En relación con las leyes, vid. BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, t. I, pág. 169; BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Müller, Heidelberg, 1997, § 5, marginal 228; OSSENBÜHL, *Normenkontrolle durch die Verwaltung*, «Die Verwaltung», 1969, págs. 402 y ss.

sumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicen...». Cabría entender, a los efectos de este precepto, que los reglamentos se incluyen entre dichos actos. No obstante, cualquiera que sea la interpretación que se le dé a esta disposición, lo cierto es que, según la opinión de varios autores, no sólo los actos administrativos, sino también las leyes y, en general, todo acto de los poderes públicos goza de una presunción tal (39). Así, por ejemplo, HECKMANN basa su ambiciosa teoría sobre la pérdida de validez de las normas jurídicas en que éstas, siempre que reúnan ciertas condiciones mínimas, se presumen *iuris tantum* válidas (40). En cambio, otro sector de la doctrina, al cual nos sumamos, estima que debería desecharse esta idea de la presunción de validez (41).

Se ha dicho que el hecho de que la Administración y el Legislador actúan por regla general de conformidad con el ordenamiento jurídico justifica esta presunción (42). Sin embargo, no creemos que este dato —por cierto, no demostrado (43)— pueda por sí solo justificarla. Tampoco el hecho hipotético de que los ciudadanos procesados fuesen en la mayoría de los casos finalmente condenados justificaría una presunción de culpabilidad de los mismos. Otros autores ven el fundamento de la figura en la legitimidad democrática del Legislador y la Administración, en la confianza que merecen ambos poderes (44), pero tampoco creemos que esta circunstancia imponga necesariamente una presunción tal. Esa legitimidad justifica que al Legislador se le otorgue la potestad de dictar leyes y a la Administración la de emanar actos jurídico-administra-

(39) Vid., entre otros, L. M.^a Díez-PICAZO, *ob. cit.* (n. 15), pág. 150; GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 126. Respecto de las leyes, CLIMENT BARBERÁ, *ob. cit.* (n. 15), pág. 258; DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, reimpr. 1995, págs. 148 y 149; BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966, págs. 111 y ss.; HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr, Tübingen, 1997, págs. 58 y ss. Según PARADA VAZQUEZ, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, t. I, págs. 145 y 146, esta presunción es propia de todos los actos jurídicos, incluso de los emanados por los particulares.

(40) HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), págs. 58 y ss.

(41) Vid. BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEC, Madrid, 1992, págs. 413 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Madrid, 1997, t. III., págs. 447 y 448; SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1991, págs. 214 y 215; WOLFF, BACHOF y STÖBER, *Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1994, t. I, § 48, marginal 5.

(42) HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), pág. 75.

(43) Según GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 41), t. III, pág. 447, «es contra toda razón presumir la validez de los actos administrativos cuando con toda normalidad los poderes públicos actúan tantas veces, y sin empacho alguno... desligados de la ley y el derecho».

(44) Respecto de las leyes, DE OTTO, *ob. cit.* (n. 39), págs. 148 y 149; BÖCKENFÖRDE, *ob. cit.* (n. 39), pág. 111; OSSENBUHL, *ob. cit.* (n. 38), págs. 402 y ss. Respecto de cualquier norma jurídica, HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), págs. 75 y 118 y 119.

tivos, pero no el que haya de presumirse que las unas y los otros son válidos.

Los autores que defienden la existencia de esta presunción estiman que, para que la misma opere, «el acto del que se presume la validez ha de estar rodeado de una mínima apariencia que permita siquiera identificarlo como tal» (45). HECKMANN, por ejemplo, considera que sólo se presume la validez de una norma jurídica cuando concurren en ésta ciertas condiciones mínimas cuya existencia es fácil de comprobar por cualquier operador jurídico: básicamente, las de su promulgación y publicación (46). Pero ¿por qué sólo se presume la validez de los actos aparentemente válidos? En realidad, lo decisivo para que un acto inválido acabe produciendo efectos es, sencillamente, su apariencia de validez, que dicho acto le parezca válido a la persona con capacidad para hacer efectivo lo dispuesto en el mismo (47). No es que las normas se presuman válidas, sino que eventualmente pueden parecerlo.

Algunos autores dicen que el efecto sustancial de esta presunción es la imposición al particular de la carga de recurrir el acto si quiere frenar su eficacia (48). Para este viaje no se necesitan tales alforjas. Para que la Administración cumpla eficazmente sus funciones le basta con las potestades que tiene otorgadas de crear, modificar o extinguir unilateralmente situaciones jurídicas y de llevar a efecto dichas situaciones de forma coactiva sin necesidad de colaboración judicial (49). No hace falta recurrir al «artificio conceptual» de la presunción *iuris tantum* de validez de los actos administrativos para explicar, primero, que la Administración puede imponer unilateralmente efectos jurídicos y, en su caso, ejecutarlos forzosamente; y segundo, que los ciudadanos se vean obligados a impugnar ante los Tribunales los actos administrativos inválidos que les afecten para evitar que éstos se consoliden por el mero transcurso del tiempo —caso de los actos anulables— o que produzcan efectos al ser ejecutados forzosamente (50). Algo pa-

(45) PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, t. I, pág. 721. Dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, t. I, págs. 568 y 569, que «para que esta validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad». MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, t. II, pág. 268, afirma que esta presunción «exige la existencia de, al menos, una apariencia de acto administrativo».

(46) HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), págs. 77 y ss. y 132 y ss.

(47) Como señala SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, pág. 172, «todo acto físicamente posible avalado por una voluntad de ejecución posee eficacia...».

(48) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 45), t. I, pág. 568; MORELL OCAÑA, *ob. cit.* (n. 45), t. II, pág. 268; PAREJO ALFONSO, *ob. cit.* (n. 45), t. I, pág. 722.

(49) GONZÁLEZ NAVARRO, *ob. cit.* (n. 41), t. III, pág. 447.

(50) Señala SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 41), pág. 214, que dicha presunción «nace como un artificio conceptual para justificar la imperatividad de los actos administrati-

recido sucede con la vieja explicación, de origen medieval, que se refleja en el artículo 1251 del Código Civil según la cual el valor jurídico de cosa juzgada propio de las sentencias firmes se fundamenta en la presunción *iuris et de iure* de veracidad de las mismas, tesis superada en la actualidad (51).

Otros autores estiman que esta presunción determina que la persona que impugna un acto administrativo corre con la carga de la prueba en el proceso en el que se discute su validez (52). Desde luego, este desplazamiento de la carga de la prueba resulta inadmisibile en el caso de los actos de carácter sancionador, pues aquí impera el derecho fundamental a la presunción de inocencia (53), pero lo mismo podría decirse con carácter general respecto de cualquier acto administrativo. En el proceso contencioso-administrativo rigen las mismas reglas propias de todos los procesos civiles sobre la distribución de la carga de la prueba: en principio, cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que le favorece y ha de sufrir el fracaso de esa prueba (54). La referida presunción de validez no altera esta regla general. Esta es la doctrina que ha terminado por imponerse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (55).

Hay quien estima que esta presunción supone que la norma presuntamente válida ha de ser tenida por tal mientras no se declare formalmente su invalidez, esto es, hasta que no se la anule (56). Las normas ilegales vendrían sancionadas con la anulabilidad, entendida ésta en el sentido tradicional: serían válidas y obligatorias mientras no sean anuladas por el órgano competente. Tampoco puede admitirse dicha consecuencia en nuestro Derecho. Centrémonos ahora en el caso de las disposiciones administrativas. El hecho de que un re-

vos..., así como la persistencia de su eficacia en tanto no fuera declarada su invalidez por otro acto o por una sentencia judicial».

(51) Vid. MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 10), t. II, pág. 462.

(52) VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1999, t. II, pág. 148.

(53) Vid., entre otras muchas, las SSTs de 16-7-1994 (Ar. 5939), 13-2-1995 (Ar. 2670) y 17-10-1995 (Ar. 7221), que anulan las sanciones impugnadas debido a la falta de una «prueba mínima de cargo».

(54) Vid. el artículo 1214 CC y ORTELLS RAMOS, MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ y JUAN SÁNCHEZ, *El proceso contencioso-administrativo*, 1998, págs. 119 y 120; MORELL OCAÑA, *ob. cit.* (n. 45), t. II, pág. 267.

(55) Vid. PIÑAR MAÑAS, «Eficacia de los actos administrativos», *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dirs. SANTAMARÍA PASTOR y PAREJO), CEURA, Madrid, 1989, págs. 298 y 299, y la STS de 11-10-1993 (Ar. 7552).

(56) En relación con las leyes, CLIMENT BARBERÁ, *ob. cit.* (n. 15), pág. 249, que dice que hasta entonces «no puede desconocerse la obligatoriedad de sus contenidos y su acatamiento»; en sentido similar, pág. 275. Curiosamente, SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 41), pág. 382, que rechaza la referida presunción, realiza también esta afirmación. En la doctrina alemana, vid. HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), págs. 58 y ss., esp. págs. 99 y ss.; MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1977, pág. 143.

glamento contrario al ordenamiento jurídico no haya sido anulado no impide que pueda ser considerado inválido e inaplicable por Juzgados y Tribunales (arts. 26.2 LJCA y 6.º LOPJ) y desobedecido por los ciudadanos, a los que no se les puede imponer sanción alguna por ello (57). Con respecto a esto último, ha dicho el Tribunal Supremo que «es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simple infracción administrativa, el que el mandato desacatado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad... sin que... sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la orden o mandato desobedecido, pues ésta a todas luces puede hacerse indirectamente, con ocasión de la impugnación del acto por el que la supuesta desobediencia haya sido sancionada, máxime cuando aquélla o aquél tengan un carácter general» (58).

De todos modos, aun en el caso de que los reglamentos gozasen de una presunción de validez tal, habrá que admitir que se trata de una presunción *iuris tantum*, destructible mediante prueba en contrario. Pues bien, no adivinamos la razón por la cual hay que negar a la Administración la potestad de inaplicar una disposición general presuntamente válida, cuando en el curso del correspondiente procedimiento administrativo se evidencia que ésta es inválida.

Y si predicamos una presunción de validez de los reglamentos, lo mismo habremos de hacer, lógicamente, respecto de las leyes y de la Constitución. Pues bien, tampoco hemos logrado encontrar la razón por la cual la Administración ha de resolver la antinomia existente entre dos normas presuntamente válidas, la una legal o constitucional y la otra reglamentaria, a favor de esta última, que es la inferior jerárquicamente.

D) *La celeridad de la actividad administrativa.*

Cabría dudar de la necesidad de que la Administración esté facultada para inaplicar normas reglamentarias inválidas, pues ésta siempre puede impugnar ante los Tribunales las dictadas por otras Administraciones (59) o anularlas si se trata de las que ella misma ha

(57) Vid., por ejemplo, la STC 42/1987, de 7 de abril, y las SSTS de 30-4-1973 (Ar. 1893), 23-9-1992 (Ar. 7006) y 28-1-1987 (Ar. 165).

(58) SSTS de 6-2-1991 (Ar. 776) y 7-9-1991 (Ar. 6811). Cfr. JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 103 y ss.

(59) PAGENKOPF, *ob. cit.* (n. 34), pág. 14, en relación con los planes urbanísticos.

emanado. En nuestra opinión, no se trata de una potestad superflua, muy al contrario. La posibilidad de inaplicación viene exigida por la celeridad y la eficiencia con las que debe producirse la actividad administrativa (60). Imaginemos que cada vez que la Administración tuviera que inaplicar una norma inválida se viera previamente obligada a interrumpir el correspondiente procedimiento administrativo, iniciar uno de revisión de oficio o impugnar dicha norma ante los Tribunales y esperar, quizá varios años, a que se produjera su anulación. Esta solución resulta del todo inadecuada para satisfacer aquellas exigencias. Los intereses públicos y privados afectados por las decisiones administrativas demandan en muchas ocasiones una decisión rápida, inmediata incluso, incompatible con esa dilación (61). Además, esta solución sería inviable, porque el transcurso del plazo marcado para resolver determinará automáticamente la emisión de un acto presunto o la caducidad del procedimiento (62) y, por consiguiente, la aplicación o inaplicación *ope legis* de la norma válida.

Adviértase que fue la celeridad procesal una de las principales razones que se adujeron en contra del carácter devolutivo de la cuestión de ilegalidad regulada en el Anteproyecto de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 16 de enero de 1995: el Juez que consideraba inválido un reglamento en vía incidental no podía, en principio, inaplicarlo por sí solo, sino que para ello debía plantear una cuestión prejudicial, suspender el procedimiento y aguardar la estimación de la misma (63). Por ello, la Ley 29/1998 se decantó por otra solución: primero se inaplica el reglamento y, luego, una vez firme la sentencia, se plantea la cuestión y, si procede, se anula éste. Pues bien, si la celeridad demanda que el Juez que examina incidentalmente la validez de un reglamento pueda inaplicarlo por su propia autoridad, con mayor razón demandará esta posibilidad cuando el examen tenga lugar en el procedimiento administrativo, ya que aquí las exigencias de celeridad y de eficiencia son más intensas que en el proceso (64).

(60) Vid. los artículos 3.2 y 74 de la Ley 30/1992, que consagran los principios de eficiencia y celeridad, y los artículos 73 y 75 de esa misma Ley, que contienen algunas de sus manifestaciones.

(61) *En sentido similar, vid. FUNK, Der Vollzug fehlerhafter Bebauungspläne, «Bayerische Verwaltungsblätter», 1981, pág. 76; KOPP, ob. cit. (n. 25), pág. 824; MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Beck, München, 1997, § 4, marginal 46.*

(62) Vid. los artículos 43 y 44 de la Ley 30/1992.

(63) Vid. el artículo 26.1 de este Anteproyecto y las críticas al mismo de BAÑO LEÓN, TORNOS MAS y CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, en *La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo* (coord. PÉREZ MORENO), Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 231 y ss.

(64) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 45), t. II, págs. 433 y ss.

E) *Inaplicación y falibilidad de la Administración.*

La Administración es falible. Puede suceder que estime erróneamente que un reglamento es inválido y lo inaplique cuando, en verdad, es válido (65). Al admitir la posibilidad de que la Administración inaplique reglamentos se corre el riesgo de dejar sin efecto a normas válidas y obligatorias.

No obstante, la decisión administrativa producida en un caso concreto siempre podrá ser revisada y corregida por los Tribunales, que tienen la última palabra (66). El reglamento válido sólo quedará inaplicado *temporalmente*, hasta que intervengan éstos. Además, el riesgo de privar de efecto a un reglamento válido, durante un tiempo y para un caso concreto, no es tan grave como el que entrañaría negar a la Administración la posibilidad de inaplicar tales normas, pues en este último caso existe el peligro de aplicar disposiciones contrarias al orden legal o constitucional. La que sufriría provisionalmente una lesión ya no sería una simple disposición administrativa, sino una norma de mayor jerarquía, de mayor valor.

Algo parecido ocurre con la revisión de oficio de disposiciones generales. La Administración puede revisar y anular sus propios reglamentos (art. 102.2 Ley 30/1992), a pesar de que existe el peligro de que en el ejercicio de esta potestad se equivoque y anule uno ajustado a Derecho.

F) *El recurso administrativo per saltum contra los actos dictados en aplicación de un reglamento.*

El artículo 107.3 de la Ley 30/1992 establece que «los recursos [administrativos] contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición». Este precepto indica claramente que la Administración puede inaplicar un reglamento ilegal al resolver los recursos interpuestos contra los actos dictados al amparo del mismo. Entender lo contrario supondría esterilizar esta impugnación *per saltum*.

(65) Las Resoluciones de la DGRN de 13-7-1998 (Ar. 5967), 16-7-1998 (Ar. 5971) y 14-1-2000 (Ar. 149) inaplicaron el artículo 35 del Reglamento de Costas (RD 1471/1989, de 1 de diciembre), precepto que había sido declarado conforme a Derecho por las SSTs de 17-7-1996 (Ar. 6429) y 27-5-1998 (Ar. 4195).

(66) Así lo advierten BACHOF, *ob. cit.* (n. 25), pág. 41; KOPP, *ob. cit.* (n. 25), págs. 825 y 827; MAURER, *ob. cit.* (n. 61), § 4, marginal 46.

Sería algo así como decir: «los recursos administrativos que se funden únicamente en la invalidez de una norma reglamentaria podrán interponerse ante el órgano que la dictó, pero se trata de recursos inútiles, que no pueden prosperar, ya que este órgano no está facultado para dejar de aplicar dicha norma.

Es más, el artículo 107.3 mencionado indica que tanto el órgano autor de la disposición general inválida como el órgano «por encima del cual se salta», y que en principio sería competente para resolver la impugnación del acto recurrido, pueden inaplicarla. Téngase en cuenta que recurrir *per saltum* es opcional, no preceptivo (67). «Se trata de una posibilidad adicional, no de una imposición, como indica el potestativo “podrán”, que el texto legal emplea»; el Legislador es consciente de que un órgano administrativo *difícilmente* se decidirá a inaplicar la norma emanada por un superior jerárquico; por ello, *permite* que el recurso se presente directamente ante este último (68). En suma, los dos órganos son competentes para resolver el recurso e inaplicar la norma cuestionada. La inaplicación del reglamento efectuada por el órgano inferior es jurídicamente posible, está permitida, si bien quizá resulte improbable en el terreno de los hechos.

G) *La inaplicación como ejercicio responsable de las propias competencias.*

Se ha dicho que la inaplicación administrativa de un reglamento puede lesionar la competencia de la Administración que lo dictó (69). Esta opinión nos parece criticable. La de dictar normas y la

(67) Así lo afirma expresamente la STS de 22-10-1997 (Ar. 8493), e implícita pero inequívocamente la de 10-7-1986 (Ar. 4536), que admite la procedencia de la vía económico-administrativa, si bien señala que el supuesto «hubiera permitido utilizar la alzada *per saltum*», y la de 14-6-1999 (Ar. 6131), que dice que el recurso administrativo *per saltum* es «una vía impugnatoria hábil en el marco de las actuaciones tributarias, al margen de las vías clásicas del recurso de reposición previo a la reclamación económico-administrativa y de esta última misma».

(68) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 45), t. II, pág. 516. En cambio, consideran que esta alzada es preceptiva: SÁNCHEZ MORÓN, «Recursos administrativos», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dirs. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN), Tecnos, Madrid, 1993, pág. 342; SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 297, n. 449. Según GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 286, el interesado sólo puede optar entre recurrir ante los Tribunales o ante el órgano administrativo autor de la norma. Según GONZÁLEZ PÉREZ y TOLEDO JÁUDES, *Comentarios al Reglamento de procedimiento económico-administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 766 y 767, el recurso puede presentarse ante un Tribunal Económico-Administrativo, pero éste debe remitir las actuaciones al autor de la norma.

(69) Vid. PIETZCKER, *ob. cit.* (n. 5), págs. 389 y ss.; DOLDE, *Verwerfung nichtiger Bauungspläne durch die Verwaltung*, «Baurecht. Zeitschrift für das gesamte öffentliche und

de aplicarlas —o inaplicarlas— son dos potestades bien distintas. Resulta absurdo afirmar que un acto está viciado de incompetencia solamente por el hecho de que la Administración, al dictarlo, ha aplicado la ley e inaplicado una disposición reglamentaria inválida. Precisamente, dicha inaplicación supone el ejercicio normal y conforme a Derecho de las propias competencias. Para ejercer correctamente las que les ha otorgado el ordenamiento jurídico, los Tribunales y las Administraciones públicas deben necesariamente aplicar sólo normas válidas e inaplicar las inválidas. La inaplicación de un reglamento inválido es simple aplicación del Derecho (70). Ahora bien, el problema es cómo se llega a este resultado. ¿Puede la Administración que estima en vía incidental que un reglamento es inválido inaplicarlo por sí misma para resolver un asunto de su competencia o debe suspender el procedimiento, recabar la opinión de otro sujeto y actuar de conformidad con ella? Esta última solución resulta inadmisibles, pues supondría que este sujeto participaría de modo vinculante en la resolución de un asunto que compete a otra Administración pública.

En cambio, resulta razonable pensar que cuando el Derecho otorga a la Administración competencia para atender un asunto, le faculta para decidir todas las cuestiones previas, relevantes y necesarias para resolverlo (71). La Administración asume la responsabilidad y los riesgos que se derivan del ejercicio de las competencias que tiene otorgadas por el ordenamiento jurídico (72). Por eso, el poder de inaplicar normas inválidas no requiere de una atribución constitucional o legal *expresa* (73). Muy al contrario, éste sólo podría ser exceptuado o limitado si así lo dispusiera expresamente alguna norma jurídica (74), pero el Derecho español no prevé excepción alguna. El mismo criterio subyace en la regulación de las cuestiones prejudiciales. La regla general es que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no les estén atribuidos privativamente» (art. 10.1 LOPJ); a continuación, el Legislador establece expresamente algunas excepciones.

zivile Baurecht», 1978, págs. 157 y 158; FUNK, *ob. cit.* (n. 61), pág. 77; PAGENKOPF, *ob. cit.* (n. 34), págs. 12 y 13; VON MUTIUS y HILL, *ob. cit.* (n. 30), págs. 56 y ss.

(70) PIETZCKER, *Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung*, «Deutsches Verwaltungsblatt», 1986, pág. 808, que aquí rectifica su opinión mantenida en la *ob. cit.* en la nota al pie 5.

(71) En sentido similar, GIERKE, *ob. cit.* (n. 6), pág. 62.

(72) Este es uno de los principales argumentos aducidos por BACHOF, *ob. cit.* (n. 25), págs. 42 y ss., y ABELEIN, *Die Prüfung von Gesetzen durch die Verwaltung*, «Bayerische Verwaltungsblätter», 1967, pág. 149, para justificar la competencia de la Administración para inaplicar las leyes inconstitucionales.

(73) Como viene a afirmar BAÑO LEÓN, *ob. cit.* (n. 37), pág. 91.

(74) KOPP, *ob. cit.* (n. 25), pág. 827; GIERKE, *ob. cit.* (n. 6), pág. 62.

Así, la DGRN se considera hoy en día perfectamente competente para examinar la conformidad con el ordenamiento jurídico de los reglamentos e inaplicarlos si el examen arroja un resultado negativo. A tal efecto, invoca el principio de jerarquía normativa (75). Aquí merece destacarse el cambio de postura adoptado en relación con el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas. Inicialmente, la DGRN no entraba a enjuiciar la ilegalidad de este precepto, pues «no parece que sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión como la aquí planteada» [la ilegalidad e inaplicación de la norma reglamentaria] (76). Posteriormente, la DGRN rectifica: examina la conformidad del precepto, estima que contraviene lo dispuesto en la Ley de Costas y lo inaplica. Y ello porque «es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la ley y la prevalencia de los mandatos de la ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración, y así lo establece tanto el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, 1.2 del Código Civil... y 51.2 de la Ley 30/1992» (77).

Los Tribunales Económico-Administrativos suelen negarse siquiera a verificar la legalidad de los reglamentos aplicables a los casos de los que conocen. Al respecto aducen que «el ámbito de la vía económico-administrativa no alcanza a la ilegalidad o inconstitucionalidad de las normas reguladoras de los tributos, por estar limitado, única y exclusivamente, a los actos de aplicación de los mismos» (78); el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) es incompetente «para pronunciarse sobre la impugnación de las disposiciones de carácter general, al ser ésta una materia reservada a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrati-

(75) Vid. las Resoluciones de la DGRN de 4-2-1991 (Ar. 1658), 23-2-200 (Ar. 1083), 29-2-2000 (Ar. 1091) y 9-3-2000 (Ar. 1100).

(76) Resoluciones de 16-12-1991 (Ar. 413/1992) y 8-1-1993 (Ar. 1305).

(77) Resoluciones de 13-7-1998 (Ar. 5967), 16-7-1998 (Ar. 5971) y 14-1-2000 (Ar. 149). Curiosamente, las SSTS de 17-7-1996 (Ar. 6429) y 27-5-1998 (Ar. 4195) habían declarado que dicho precepto se ajustaba a Derecho.

(78) Resolución del TEAC de 27-3-1998 (Ar. 723). Vid., también, las Resoluciones del TEAC de 27-1-1993 (Ar. 283), 29-9-1993 (Ar. 1313), 2-3-1994 (Ar. 600), 21-9-1995 (Ar. 1435), 25-1-1996 (Ar. 230), 8-2-1996 (Ar. 304), 8-5-1996 (Ar. 640), 11-9-1996 (Ar. 1303), 9-10-1996 (Ar. 1547), 23-10-1996 (Ar. 1618) y 19-12-1996 (Ar. 1766).

va» (79). Algunas Sentencias del Tribunal Supremo han acogido innecesariamente esta doctrina y el razonamiento que le sirve de base con el objeto de declarar admisible la alzada *per saltum* contra un acto tributario (80). Decimos innecesariamente porque la alzada contemplada en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 es una posibilidad, no una imposición. Los ciudadanos pueden optar por interponer esta alzada o acudir a la vía económico-administrativa, que sigue siendo procedente. De hecho, hay Sentencias que admiten el recurso *per saltum* sin hacer esas afirmaciones relativas a la incompetencia de los Tribunales Económico-Administrativos (81).

En cualquier caso, y como advirtió GARCÍA DE ENTERRÍA hace ya muchos años, esta doctrina confunde inaplicación con anulación. El que los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sean los únicos competentes para conocer de recursos directos contra normas reglamentarias y anularlas, no quiere decir que ostenten el monopolio de inaplicarlas (82). Seguramente, ha influido en aquella doctrina la idea de que recurrir los actos dictados en aplicación de un reglamento supone impugnar indirectamente este último. Curiosamente, la idea del recurso indirecto también obstaculizó durante largo tiempo el que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa inaplicaran reglamentos inválidos: como en nuestro Derecho no era admisible recurrir —es decir, pretender la anulación de— disposiciones generales en vía contencioso-administrativa, los órganos de esta Jurisdicción creían que tampoco podían resolver la impugnación «indirecta» de las mismas; éstas no podían ser objeto, «ni aun de un modo indirecto, de reclamación en la vía contencioso-administrativa» (83).

Pero no se trata de eso, sino de que los Juzgados y Tribunales, lo mismo que los órganos económico-administrativos, deben aplicar el

(79) Resolución del TEAC de 1-7-1992 (Ar. 352). Asimismo, vid. las Resoluciones del TEAC de 3-2-1961 (Ar. 505), 5-4-1963 (Ar. 4020), 14-12-1965 (Ar. 5948), 18-3-1966 (Ar. 2507), 15-11-1966 (Ar. 1222/1967), 16-12-1966 (Ar. 1635/1967) y 17-1-1967 (Ar. 2054).

(80) Vid. las SSTs de 16-5-1986 (Ar. 2375), 5-2-1988 (Ar. 711), 15-6-1995 (Ar. 5039), 11-10-1997 (Ar. 8490), 22-10-1997 (Ar. 8493) y 31-1-1998 (Ar. 1669), y el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380).

(81) SSTs de 21-10-1983 (Ar. 5215), 16-1-1990 (Ar. 393) y 14-6-1999 (Ar. 6131).

(82) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, pág. 15, n. 18.

(83) Real Decreto-Sentencia de 29-12-1866 (Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 15, 50), que afirma que la Real Orden «de que hace aplicación exacta la reclamada..., como disposición de carácter general, no puede ser objeto, ni aun de un modo indirecto, de reclamación en la vía contencioso-administrativa». Vid. también el Real Decreto-Sentencia de 11-3-1867 (Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 16, 104) y la STS de 27-10-1874 (Jurisprudencia Contencioso-Administrativa 26, 226), que inadmite el recurso contra un acto dictado en aplicación de un reglamento argumentando que «las disposiciones generales de la Administración activa no son susceptibles de reforma por la vía contenciosa».

Derecho vigente, las normas válidas y no las inválidas, y así como han de resolver las antinomias mediante la regla *lex posterior derogat legi anteriori*, también deben utilizar aquella que reza *lex superior derogat legi inferiori*. De hecho, algunas viejas Resoluciones del TEAC que inaplicaron reglamentos ilegales (84) así lo dejaron sentado: «Las dudas que pudieran surgir en la interpretación del respectivo alcance [de un precepto legislativo y uno reglamentario] habría que resolverlas al revisar... el acto administrativo objeto de la reclamación... en el sentido de que... deberían prevalecer, por su rango, los claros preceptos imperativos de la Ley formal... de obligatoria observancia para todos los órganos del Estado a quienes compete su aplicación y efectividad» (85). Como dice la STS de 1 de abril de 1975 (Ar. 1591):

«En buena lógica jurídica no es dado sostener que, cual viene a afirmarse en la resolución de la Junta Arbitral y del TEAC, uno y otra, como órganos de jurisdicción —y no de gestión— y, por ende, funcionalmente no jerarquizados, carezcan de competencia para enjuiciar la legalidad o ilegalidad de una disposición administrativa de carácter general, a fin de decidir sobre reclamaciones formuladas contra actos administrativos concretos —no, directamente, contra las aludidas disposiciones—, porque ello podría implicar la radical inaplicación de alguna Ley, que, como norma de rango superior, es de primaria y preferente aplicación.»

Extraordinariamente lúcidos son los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (Ar. 1690), que anuló una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (en adelante, TEAR) de Valencia que se había resistido a verificar la legalidad de un reglamento y a inaplicarlo:

«Una cosa es la impugnación directa de las disposiciones generales, que puede hacerse de forma directa

(84) La Resolución de 28-6-1960 (Ar. 2780) inaplica un reglamento ilegal, confirmando una resolución de una Dirección General que también lo había inaplicado. La Resolución de 9-2-1962 (Ar. 1117) inaplica un reglamento ilegal, aduciendo los artículos 5 del Código Civil, 17 del Fuero de los Españoles, y 23, 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. La Resolución de 14-11-1962 (Ar. 5091) inaplica un reglamento viciado de incompetencia. Las Resoluciones de 12-3-1965 (Ar. 3883) y 15-2-1968 (Ar. 1922) inaplican una disposición no publicada.

(85) Resoluciones de 5-4-1960 (Ar. 1938) y 25-1-1963 (Ar. 638).

ante los Tribunales Contencioso-Administrativos competentes... y otra muy distinta que no puedan y deban los órganos administrativos, todos, inaplicar los reglamentos cuando se oponen a las leyes y a otras disposiciones de rango superior. Y ello, pese a no disponer de un artículo semejante al 6.º de la Ley 6/1985, Orgánica del Poder Judicial, que dispone que “los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de la jerarquía normativa”, pues este precepto, tomado de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial, nada añade a las potestades de los órganos judiciales y de los administrativos en la aplicación de la norma.

En efecto, el artículo 9.1 de la Constitución, en relación con el 103.1 consagra el principio del sometimiento de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y en su artículo 9.3 se consagra el principio de jerarquía normativa, según el cual, las normas superiores prevalecen sobre las inferiores, hasta tal punto que el artículo 62 de la Ley 30/1992... sostiene que son nulas de pleno derecho “las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley”. Y no podía ser de otra forma, si tenemos en cuenta que las Cortes, órgano legislativo, representa al pueblo soberano (arts. 66 y 1 de la Constitución).

Este principio obliga al intérprete, Juez o Autoridad administrativa a aplicar la norma superior sobre la inferior, por lo que cuando se trata de impugnaciones en vía indirecta, la autoridad administrativa, en este caso el Tribunal Económico tiene competencia para inaplicar la norma inferior. Sostener lo contrario es tanto como estimar que rige el principio de la aplicación de la norma inferior sobre la superior, o que los órganos administrativos se regirían por lo que podríamos llamar principio de aplicación de la norma inmediata, con el consiguiente efecto de que por no inaplicar los reglamentos se inaplican las leyes a las que aquéllos se oponen.»

Nos parece inaceptable estimar que los Tribunales Económico-Administrativos son incompetentes para conocer de la impugnación

de un acto tributario por el solo hecho de que la ilegalidad del mismo derive de haber sido dictado al amparo de una norma inválida. Esto no se deduce, ni siquiera implícitamente, de precepto legal o reglamentario alguno. Muy al contrario, lo que se desprende claramente de nuestro Derecho positivo es que *el ámbito de la vía económico-administrativa se delimita por razón de la materia y de los actos reclamables* (86), pero no por razón del Derecho aplicable. Las reclamaciones económico-administrativas son *recursos ordinarios, que pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico* (87). Así se deja sentado en el artículo 169 de la Ley General Tributaria, que establece que «las reclamaciones tributarias atribuyen al órgano competente para decidir en cualquier instancia la revisión de todas las cuestiones que ofrezcan el expediente de gestión y el de reclamación ante el órgano inferior, hayan sido o no planteadas por los interesados...»; y en el artículo 40.2.b) del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, que añade que el órgano competente anulará total o parcialmente el acto impugnado «cuando se halle incurso en infracciones del ordenamiento jurídico».

H) *Inaplicación y tutela judicial efectiva.*

La negativa de la Administración a enjuiciar la validez de los reglamentos y, en su caso, a inaplicarlos resulta especialmente censurable cuando ésta resuelve recursos que los ciudadanos están obligados a interponer para poder obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos.

Sabido es que los particulares deben agotar la vía administrativa antes de recabar de Juzgados y Tribunales protección frente a los actos de las Administraciones públicas. Para agotar esa vía será necesario en muchos casos interponer uno o incluso dos recursos administrativos, lo que, según destacados autores, supone un inadmisibles «aplazamiento de la posibilidad de obtener una decisión en justicia a través de un verdadero proceso y ante una instancia neutral e independiente» (88). No es éste el lugar adecuado para examinar con detalle si esta limitación del derecho a la tutela judicial está suficiente-

(86) Vid., por todos, MOCHÓN LÓPEZ, *Actos reclamables en el procedimiento económico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 45 y ss.

(87) *Ibidem*, pág. 78.

(88) Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *ob. cit.* (n. 45), t. II, pág. 507.

mente justificada en atención a los intereses que se intenta satisfacer al configurar a los recursos administrativos como presupuesto de la impugnación jurisdiccional. Lo que queremos hacer notar es que, si se niega a la Administración el poder de inaplicar reglamentos inválidos, resulta constitucionalmente inaceptable obligar a los ciudadanos a recurrir en vía administrativa un acto cuya ilegalidad deriva de haberse dictado al amparo de un reglamento tal, porque la pretensión de anular ese acto, totalmente fundada en Derecho, no podrá ser estimada por la Administración, sino únicamente por los Tribunales. La Administración será incapaz de tutelar la posición jurídica del ciudadano, que se habrá visto obligado a interponer un recurso inservible. La necesidad de agotar la vía administrativa constituye entonces una restricción desproporcionada, por *inútil*, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (89).

Al respecto, la hoy felizmente superada resistencia de la DGRN a examinar la legalidad de los reglamentos e inaplicarlos daba lugar a situaciones verdaderamente kafkianas. En el caso decidido por la Resolución de 16 de diciembre de 1991 (Ar. 413/1992), un Registrador de la Propiedad había suspendido la inscripción de la compraventa de varios inmuebles en virtud del artículo 35 del Reglamento de Costas (90). Recurrída la suspensión ante el Presidente del TSJ de la Comunidad Valenciana, éste la revoca por considerar que «la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha excedido de los límites materiales que enmarcan esta actividad, al tener que subordinarse a la Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa consagrado en los artículos 9.3 y 103.1 CE, y en este caso se ha excedido y por eso, no puede hacerse aplicación del artículo 35 del Reglamento de Costas, ya que los Tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Ley, y obligados por ello a buscar el respaldo legal de todo Reglamento antes de su aplicación (art. 6.º LOPJ)». Interpuesto recurso ante la DGRN, ésta lo estima y confirma la nota del Registrador, pues «no parece sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión [la legalidad

(89) Como señalan, por ejemplo, las SSTC 175/1997, de 27 de octubre (FJ 4), y 37/1998, de 17 de febrero (FJ 8), para ajustarse a la Constitución, la restricción de un derecho fundamental debe respetar ciertas exigencias derivadas del principio de proporcionalidad: 1.º) *utilidad*: la restricción debe ser apta para lograr una finalidad legítima; 2.º) *necesidad*: de entre todas las medidas útiles debe ser la menos restrictiva; 3.º) *prohibición de exceso*: los beneficios de la restricción deben superar a sus desventajas.

(90) El artículo 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece que, para inscribir en el Registro fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, se ha de acompañar al título certificación de la Administración del Estado acreditativa de que no se invade el dominio público. El artículo 35 del Reglamento de Costas (RD 1471/1989, de 1 de diciembre) extiende esta exigencia a las posteriores inscripciones.

de aquella norma reglamentaria] como la aquí planteada» (91). Desconocemos si el solicitante se aquietó a esta resolución o la impugnó ante los Tribunales. Si aconteció esto último, se vio obligado a embarcarse en dos recursos administrativos y, a continuación, en un proceso con el fin de obtener la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, y ello como consecuencia de que la Administración se negó a verificar la validez del referido precepto reglamentario y a inaplicarlo. La situación es especialmente problemática si tenemos en cuenta las dudas existentes sobre la posibilidad de impugnar las Resoluciones de la DGRN y cuál es, en su caso, el orden jurisdiccional competente (92).

El problema también ha sido advertido en relación con la supuesta incompetencia de los Tribunales Económico-Administrativos para inaplicar reglamentos (93). Como señala la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de junio de 1995 (Ar. 1690), antes citada:

«En la hipótesis, que rechazamos, de que los órganos administrativos, en este caso el Tribunal Económico-Administrativo Regional, no pudieran inaplicar un reglamento, la exigencia de plantear un recurso, que en el caso de silencio duraría al menos un año, supondría un atentado al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, pues el

(91) A pesar de que, según la propuesta de resolución formulada por la Subdirección General de Recursos Gubernativos, debía inaplicarse el reglamento, pues «es incuestionable el sometimiento de la Administración a la Ley, de manera que ésta no puede ser tergiversada por una interpretación parcial o interesada de aquélla, y así lo establece tanto el artículo 6 LOPJ, como la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes, y en su virtud carecen de validez en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9.3 y 103.1 CE, 1.2 CC».

(92) Vid. C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Una cabeza de puente en la inimpugnabilidad de la actividad registral*, «REDA», 107, 2000, págs. 435-457; GARCÍA GARCÍA, *La esencia del recurso gubernativo*, «Diario La Ley», 5173, 2000, págs. 1 y ss.; VILLORIA RIVERA, *Hacia un nuevo marco legal para el recurso gubernativo, tras su anulación por el TS*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», 445, 2000, págs. 1 y ss.

(93) OTERO NOVAS, *Las autolimitaciones de la Jurisdicción Económico-Administrativa*, «Crónica Tributaria», 16, 1976, págs. 247 y ss.; CHECA GONZÁLEZ, *Reclamaciones y recursos administrativos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 195 y 196, que defienden la competencia de estos órganos administrativos para inaplicar reglamentos ilegales. En cambio, MOCHÓN LÓPEZ, *ob. cit.* (n. 86), págs. 40 y 41, y ESEVERRI MARTÍNEZ, en el prólogo a este libro, pág. 14, advierten el problema pero no cuestionan la supuesta incompetencia de los Tribunales económico-administrativos para inaplicar dichas normas. En el mismo sentido, el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380) dice que «si el único motivo de impugnación o el fundamento esencial de la misma es la ilegalidad de una disposición reglamentaria, la vía económico-administrativa es sustancialmente incompetente, inútil e írrita».

Tribunal Constitucional ha considerado compatible éstos con dicho principio, pero siempre que los mismos no sean irrazonables, lo que ocurriría si el ciudadano se ve obligado a plantear una impugnación ante un Tribunal incompetente para resolver.»

Para eludir este inconveniente, el Tribunal Supremo considera que, en tales casos, el contribuyente puede interponer el recurso de alzada *per saltum* regulado en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992 (94). Vamos a suponer que aquí cabe dicho medio de impugnación, a pesar de que «la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma» (95), preceptos en los que no se halla rastro alguno del referido recurso.

En cualquier caso, esta jurisprudencia conduce a resultados muy insatisfactorios: el remedio es igual de malo o peor que la enfermedad. Por de pronto, convierte en una trampa para los interesados lo que debería ser una importante garantía de la defensa de sus derechos. En efecto, la notificación de un acto administrativo debe indicar a las personas interesadas cuáles son los recursos procedentes contra éste, así como el órgano ante el que han de presentarse y el plazo para interponerlos (art. 58.2 Ley 30/1992). Esta obligación que pesa sobre la Administración compensa la circunstancia de que el ciudadano asuma la carga de accionar contra dichos actos si quiere frenar su eficacia (96); garantiza que el interesado pueda defenderse efectivamente contra éstos (97), dada la brevedad de los plazos establecidos para impugnarlos y la circunstancia de que la intervención en el procedimiento administrativo no requiere asistencia de letrado; y, por último, «está al servicio, también, del interés institucional en la correcta iniciación y tramitación de los procesos» (98).

Pues bien, ¿qué recurso deberá señalarse como procedente en la notificación de un acto tributario cuya ilegalidad deriva de la aplicación de un reglamento inválido? ¿La alzada *per saltum*, el conten-

(94) Vid. las SSTs de 16-5-1986 (Ar. 2375), 5-2-1988 (Ar. 711), 15-6-1995 (Ar. 5039) y 14-6-1999 (Ar. 6131), así como el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380).

(95) Disposición adicional 5.ª de la Ley 30/1992, sobre la cual puede verse CASANA MERINO, *La nueva redacción de la Ley 30/1992 y sus efectos en el ámbito tributario*, «Revista Española de Derecho Financiero», 103, 1999, págs. 413-442.

(96) STS de 28-11-1989 (Ar. 8359), y MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1997, § 10, marginal 30, en relación con el § 58.2 VwGO (Ley alemana reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), que también establece esta obligación.

(97) SSTC 193 y 194/1992, de 16 de noviembre (FJ 2).

(98) STC 78/1991, de 15 de abril (FJ 3).

cioso-administrativo o la reclamación económico-administrativa? La realidad muestra que se indica como procedente la vía económico-administrativa —es decir, una vía improcedente según aquella jurisprudencia—, lo cual es muy comprensible, entre otras cosas, porque resulta difícil que el encargado de la notificación haya estimado que el acto en cuestión padece la referida ilegalidad. Para solucionar este problema, cabría incluir en las notificaciones una cláusula de estilo del siguiente tenor: «este acto es impugnabile en la vía económico-administrativa, pero si Ud. considera que el mismo es ilegal por haberse dictado en aplicación de una disposición general inválida, entonces podrá recurrirlo ante el órgano que dictó esta norma o directamente ante los Tribunales». Pero aquí no terminan las dificultades.

Imaginemos que el ciudadano considera que una liquidación es ilegal no sólo por haberse dictado en aplicación de un reglamento inválido, sino también por padecer otros vicios. ¿Cuál debe ser entonces el órgano competente para conocer del recurso? El Tribunal Económico-Administrativo no, pues, según se dice, le está prohibido inaplicar reglamentos. Los Tribunales o el órgano que dictó el reglamento tampoco, pues ello supondría que los contribuyentes podrían eludir siempre a su antojo la vía económico-administrativa; les bastaría para ello alegar que la liquidación en cuestión se dictó al amparo de un reglamento inválido. En fin, parece que no queda otro remedio que obligar al ciudadano a interponer dos recursos: una alzada *per saltum* y una reclamación económico-administrativa. A esta conclusión llega el Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1999 (Ar. 6380). «El órgano que conoce *per saltum* “sólo puede pronunciarse sobre la validez de la liquidación basándose en la legalidad o ilegalidad de los artículos del reglamento que la parte considera nulos, pero obviamente no puede entrar a conocer de los demás motivos de impugnación, si entendiera que los preceptos reglamentarios son conformes a derecho”. En cambio, la impugnación por motivos distintos “sólo puede ser planteada ante el Tribunal Económico-Administrativo”.»

Lo más grave de esta esquizofrénica solución es que, según dicho Auto, el TEAC «debe esperar a que esta Sala Tercera [del Tribunal Supremo] resuelva el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación presunta, por silencio administrativo del Consejo de Ministros, del recurso *per saltum*». Es decir, puede darse el caso de que un ciudadano, para obtener la tutela judicial de sus derechos lesionados por un mismo acto administrativo, se vea obligado, en primer lugar, a interponer simultáneamente una alzada *per saltum* y una reclamación económico-administrativa; en segundo

lugar, a recurrir ante los Tribunales la desestimación de la alzada; a continuación, y para el caso de que éstos consideren que el reglamento es legal, a esperar la resolución de la reclamación económico-administrativa; por último, a iniciar un nuevo proceso para impugnar la desestimación de la reclamación.

En fin, para salvar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que establecen la carga de interponer recursos administrativos antes de acudir a los Tribunales, no hay más remedio que entender que los órganos encargados de resolver tales recursos tienen potestad para tutelar la posición jurídica de los recurrentes, esto es, para aplicar las normas válidas e inaplicar las inválidas. De lo contrario, la vía administrativa previa constituiría un obstáculo a la tutela judicial efectiva desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional. Recordemos que toda norma debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución: si aquélla es susceptible de diversas interpretaciones, deben escogerse los significados compatibles con la Constitución y desecharse los que la contradigan (99).

2. *Inaplicación de leyes*

Los argumentos que se acaban de exponer y que justifican la competencia de las Administraciones públicas para inaplicar disposiciones reglamentarias valen, *mutatis mutandi*, cuando de inaplicar normas legales se trata. No obstante, el problema presenta aspectos específicos en este último supuesto. Conviene, pues, dar cuenta de los mismos.

A) *La invalidez de las leyes inconstitucionales todavía no anuladas.*

Se ha dicho que las leyes son obligatorias y deben ser aplicadas en tanto su invalidez no sea declarada con efectos jurídicos *erga omnes* por el Tribunal Constitucional (100). Así, por ejemplo, la Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 1987 (Ar. 6573) dice, a mayor abundamiento, que «una ley posterior a la Constitución contra la

(99) DE OTTO, *ob. cit.* (n. 39), pág. 79.

(100) Vid., por ejemplo, CLIMENT BARBERA, *ob. cit.* (n. 15), págs. 275 y 249, que dice que hasta entonces «no puede desconocerse la obligatoriedad de sus contenidos y su acatamiento», y SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 41), pág. 382, que, no obstante, contempla una salvedad para el caso de que la norma sufra vicios groseros y ostensibles.

que no se ha promovido nunca recurso ni cuestión de inconstitucionalidad, debe ser cumplida por todos como exigencia de los propios principios constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica». A las leyes inconstitucionales les correspondería, pues, la sanción de la anulabilidad, entendida ésta en sentido tradicional: serían válidas, obligatorias, mientras no sean anuladas por el órgano competente, en este caso el Tribunal Constitucional (101). No compartimos esta opinión.

El que los Juzgados y Tribunales ordinarios carezcan, en principio, de la posibilidad de inaplicar por sí solos las leyes inconstitucionales no implica que éstas sean válidas hasta que el Tribunal Constitucional las anule (102). Si hasta entonces hubiera que considerarlas válidas, aquellos órganos estarían obligados a aplicarlas en el ínterin. Sin embargo, no lo están. Lo que deben hacer cuando estiman que una ley aplicable al caso del que conocen infringe la Constitución es plantear una cuestión de inconstitucionalidad y aguardar la resolución de la misma antes de decidir (103). En segundo lugar, hay que señalar que en los supuestos en los que una ley no anulada infringe el Derecho comunitario, los Juzgados y Tribunales ordinarios sí pueden inaplicarla (104). Además, éstos también deberían poder inaplicar una ley inconstitucional no anulada en el supuesto extremo de que dicha ley se autoexcluyese del control jurisdiccional (105) prohi-

(101) BÖCKENFÖRDE, *ob. cit.* (n. 39), págs. 89 y ss.; HECKMANN, *ob. cit.* (n. 39), págs. 58 y ss., especialmente, pág. 75; HOFFMANN, *Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz*, «Juristen Zeitung», 1961, pág. 198; MOENCH, *ob. cit.* (n. 56), págs. 142 y ss. Estas tesis son deudoras de KELSEN, *ob. cit.* (n. 13), pág. 283, para el que «una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable»; y ello porque «fue válida hasta su supresión; no fue nula desde un comienzo».

(102) BACHOF, *ob. cit.* (n. 25), págs. 25 y ss.; HALL, *Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung*, «Die öffentliche Verwaltung», 1965, pág. 555. En sentido parecido, BAUMEISTER y RUTHIG, *ob. cit.* (n. 25), pág. 118: el que los Tribunales no puedan inaplicar por su propia autoridad las leyes que consideren inconstitucionales no significa que deban aplicarlas, sino que han de plantear una cuestión de inconstitucionalidad y suspender el procedimiento hasta que resuelva el Tribunal Constitucional.

(103) Vid. los artículos 35 y 38.3 LOTC y CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 205 y ss.; DE CABO DE LA VEGA, «La cuestión de inconstitucionalidad», *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dir. ALZAGA VILLAAMIL), EDERSA, Madrid, 1999, t. XII, pág. 289; MEDINA GUERRERO, *Jurisdicción y procesos constitucionales* (con CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, GÓMEZ MONTORO y REQUEJO PAGÉS), McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 50; RODRÍGUEZ OLIVER, *Sobre los efectos no suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre*, «REDA», 25, 1980. Y ello a pesar de que el inciso final del artículo 163 CE dice que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en ningún caso tendrá efectos suspensivos.

(104) Vid. la STC 28/1991, de 14 de febrero (FF.JJ. 5 y 6), y la STJCE de 9-3-1978 (*Simmenthal*, 106/77).

(105) En cierta ocasión, el Tribunal Constitucional austríaco no pudo enjuiciar la constitucionalidad de una ley inconstitucional debido a que él mismo, como consecuencia de dicha norma, quedaba incapacitado para adoptar decisiones y a que en el Derecho austríaco las leyes inconstitucionales se consideran válidas mientras no sean anuladas (*apud*

biendo la interposición de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra sí misma. Admitir que esa ley deba ser considerada válida y obligatoria mientras no se pronuncie al respecto el Tribunal Constitucional —pronunciamiento que en este caso devendría imposible— conduciría a resultados inaceptables en nuestro Derecho, donde la Constitución es la norma jurídica suprema. En cuarto lugar, las Salas del Tribunal Constitucional pueden inaplicar una ley inconstitucional que todavía no ha sido anulada por el Pleno de este Tribunal (106).

Cabría aducir en contra de la tesis aquí defendida lo dispuesto en el artículo 30 LOTC: «*La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo ciento sesenta y uno, dos, de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas*». Según algunos comentaristas de este artículo, «los particulares están obligados al cumplimiento de la misma [la ley cuestionada o recurrida] aunque les conste la interposición del recurso; las autoridades y funcionarios están igualmente urgidos a su aplicación» (107).

Sin embargo, a nuestro juicio, lo que establece este precepto es, simplemente, que la interposición de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no produce, en principio, la suspensión con *efectos jurídicos generales* de la aplicación de la norma legal impugnada (108). Ahora bien, ello no quiere decir que todos los Tribunales, ciudadanos y autoridades estén obligados a aplicar dicha norma, aun cuando la estimen inconstitucional o contraria al Derecho comunitario. Algo parecido sucede con los reglamentos. La mera interposición de un recurso contencioso-administrativo contra una disposición reglamentaria tampoco determina automáticamente la suspensión —*erga omnes*— de su eficacia jurídica, pero ello no obsta a que esa disposición pueda ser inaplicada en otros procesos. Es más, el hecho de que el Tribunal competente deniegue la suspensión cautelar del re-

BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, pág. 244, n. 38).

(106) Vid. el artículo 55.2 LOTC.

(107) ALMAGRO NOSETE y SAAVEDRA GALLO, *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 178.

(108) Precisamente, ALMAGRO NOSETE y SAAVEDRA GALLO, *ob. cit.* (n. 107), pág. 178, dicen que «la aplicación de la ley a la que se refiere el precepto es a la general o abstracta, puesto que respecto de la cuestión de inconstitucionalidad, está claro que una vez promovida la misma el juez o tribunal suspende la aplicación hasta tanto no se decida sobre la inconstitucionalidad de la norma por el TC».

glamento no impide que otros órganos judiciales, la Administración o los ciudadanos, lo inapliquen si lo consideran inválido (109).

B) *El supuesto monopolio del Tribunal Constitucional para enjuiciar la validez de las leyes.*

Los Tribunales Económico-Administrativos se han considerado en innumerables ocasiones incompetentes para enjuiciar la constitucionalidad de una ley e inaplicarla, puesto que «no es función [de estos órganos administrativos] pronunciarse sobre tal materia, por estar reservada esta revisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución Española, al Tribunal Constitucional, que es el único órgano del Estado competente para resolver estas cuestiones, sin que, por otra parte, los órganos de la vía económico-administrativa estén facultados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante dicho Tribunal» (110); el TEAC «no puede resolver acerca de si una liquidación tributaria, practicada conforme a las disposiciones que sean de aplicación, está o no conforme con el ordenamiento constitucional, ya que ello equivaldría a examinar si dichas disposiciones son o no adecuadas a tal ordenamiento, cosa que evidentemente, queda reservado al Tribunal Constitucional» (111). Esta resistencia a inaplicar leyes inconstitucionales se aproxima en ocasiones a lo absurdo. Así, por ejemplo, el TEAR de Galicia se ha negado alguna vez a inaplicar una ley que ya había sido anulada por el Tribunal Constitucional (112).

Por otro lado, estos órganos administrativos también se han estimado incompetentes para examinar el ajuste al Derecho comunitario de las leyes que han de aplicar. La Resolución del TEAC de 23 de febrero de 1995 (Ar. 475) señala que no le corresponde enjuiciar la conformidad de una ley con una Directiva.

Estas afirmaciones son totalmente inexactas. Nadie discute que sólo el Tribunal Constitucional, o, dicho más exactamente, el Pleno de este Tribunal, puede anular normas con rango de ley, declararlas inválidas con efectos jurídicos generales. Sin embargo, no es cierto

(109) Así se deduce, *a fortiori*, del artículo 26.2 LJCA, que establece que la desestimación de un recurso directo contra un reglamento no impide su posterior inaplicación.

(110) Resolución del TEAC de 7-7-1993 (Ar. 1230). En sentido similar, *vid.* las Resoluciones de 13-1-1993 (Ar. 186), 9-6-1993 (Ar. 1067), 10-11-1993 (Ar. 1629), 23-11-1993 (Ar. 1677), 9-3-1994 (Ar. 496), 22-6-1994 (Ar. 1059), 5-10-1994 (Ar. 1485), 19-7-1995 (Ar. 1260), 29-11-1995 (Ar. 1655), 11-9-1996 (Ar. 1304), 28-5-1998 (Ar. 1320) y 27-5-1999 (Ar. 1372).

(111) Resolución del TEAC de 9-10-1996 (Ar. 1535).

(112) *Vid.* el caso resuelto por la STSJ de Galicia de 29-2-2000 (Ar. 492).

que este órgano sea el único facultado para examinar la constitucionalidad de las leyes. Todos los Juzgados y Tribunales, sin excepción, pueden y deben enjuiciar la conformidad a la Constitución de las normas que han de aplicar (113). Lo que pasa es que, si el examen se resuelve negativamente, no podrán inaplicarlas por sí mismos, sino que para ello deberán elevar una cuestión de inconstitucionalidad y esperar a que ésta sea estimada (art. 163 CE). Como dice la STC 17/1981, de 1 de junio (FJ 1):

«La supremacía de ésta [la Constitución] obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible constitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa... de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal.»

Del mismo modo, el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga reservada en exclusiva la posibilidad de anular las leyes inconstitucionales no obsta a que la Administración pueda inaplicarlas. Se trata de cosas distintas.

Así se apunta en la Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de julio de 1992 (Ar. 1402). Esta Sentencia desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del TEAR de Andalucía de 25 de enero de 1994, que anuló una liquidación tributaria dictada al amparo de una ley que luego sería declarada inválida con efectos generales por la STC 179/1994, de 16 de junio. La Administración del Estado alegaba que la Resolución del TEAR era nula de pleno derecho por ser este órgano manifiestamente incompetente para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Pero el TSJ responde que el TEAR «no se extralimita en sus competencias... sino que respeta en su integridad la facultad que en esta materia le viene conferida legalmente al Tribunal Constitucional. En efecto, lo que hace es *acatar fielmente la Constitución al darle su obligada primacía respecto al resto del ordenamiento jurídico* cuando su mandato y alcance ha sido ya objeto de pronunciamiento vinculante por el TC en Sentencia 179/1994, de 16 de junio (114). No

(113) Vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 63 y ss.

(114) El inciso «cuando su mandato y alcance ha sido ya objeto de pronunciamiento vinculante por el TC» no es muy acertado, pues cuando el TEAR inaplicó la ley en cuestión ésta todavía no había sido anulada por la STC 179/1994.

es el TEAR de Andalucía, sino el Tribunal Constitucional quien ha declarado la nulidad por inconstitucionalidad de las disposiciones legales que implicaban la adscripción obligatoria a unas Cámaras que no merecían la consideración de Administraciones públicas, habiendo sido derogada por la propia Constitución y, por otro lado, *el órgano administrativo obligado, como todos, al conocimiento y acatamiento de la Constitución (art. 9.1), sí que está obligado a resolver aplicando el bloque de legalidad conforme al principio de jerarquía normativa a cuya cúspide se encuentra la Constitución*» (la cursiva es nuestra).

C) *La prohibición dirigida a los Juzgados y Tribunales ordinarios de inaplicar leyes inconstitucionales.*

En contra de la competencia de la Administración para inaplicar las leyes inconstitucionales cabría traer el argumento analógico: tampoco los Juzgados y Tribunales ordinarios tienen atribuida esta facultad. O el argumento *a fortiori* —que, como es sabido, es una variante del analógico—: si inaplicar una ley les está prohibido a los Tribunales ordinarios, con mayor razón a la Administración (115). Tales objeciones no convencen (116).

Como establece el artículo 4.º del Código Civil, la aplicación analógica de una norma sólo procede cuando ésta no contempla un supuesto específico (en este caso, la inaplicación administrativa de una ley inconstitucional) pero regula uno semejante (su inaplicación jurisdiccional) entre los que se aprecia identidad de razón. Pues bien, no existe identidad de razón entre la inaplicación de una ley efectuada por la Administración y la llevada a cabo por órganos jurisdiccionales. De un lado, porque los órganos administrativos, al contrario que los judiciales, no tienen la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad que les permita, una vez estimada la misma, inaplicar la ley cuestionada al caso sometido a su juicio. De otro lado, porque las equivocaciones de la Administración cometidas al inaplicar una ley que, en verdad, era válida siempre pueden ser corregidas posteriormente por Juzgados y Tribunales, que tienen la última palabra al respecto. En cambio, las sentencias firmes gozan del valor de la cosa juzgada, son en principio inmodificables. Por todo

(115) HOFFMANN, *ob. cit.* (n. 101), pág. 199.

(116) ABELEIN, *ob. cit.* (n. 72), pág. 148; MICHEL, *Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1960, pág. 843; SCHMIDT, *Inzidente Prüfung und Verwerfung von Normen im Range unter dem Gesetz durch die Executive?*, «Bayerische Verwaltungsblätter», 1976, pág. 3.

ello, la inaplicación jurisdiccional de una ley reviste mucha mayor trascendencia y gravedad que su inaplicación administrativa.

Cabría redargüir que el hecho posible de que la Administración se equivoque y, como consecuencia de ello, una norma legal válida quede sin efecto provisionalmente, hasta que los Tribunales intervengan, sigue siendo un suceso grave.

Ciertamente, otorgar a la Administración, que no es infalible, la facultad de inaplicar disposiciones legales genera el riesgo de dejar temporalmente sin efecto para un caso concreto a leyes que luego se estiman válidas por los Tribunales. Sin embargo, este peligro no es tan grave como el que conlleva negarle a la Administración dicha facultad, pues en este último caso existe la posibilidad de que durante un tiempo se aplique una norma contraria al orden constitucional. La norma temporalmente privada de efecto no será ya una simple ley, sino una norma que vale más que ésta, que tiene mayor fuerza de obligar: la Constitución. Obviamente, la prudencia aconseja escoger de entre estas dos soluciones la menos peligrosa.

D) *La falta de legitimación de la Administración para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.*

Indiscutiblemente, a los órganos administrativos no les está permitido plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Esta facultad queda reservada a los Juzgados y Tribunales (117). Ello implica, según dicen algunos autores y resoluciones, que la Administración no puede dejar de aplicar las leyes posteriores a la Constitución, aunque las considere contrarias a ésta (118).

Este razonamiento incurre en lo que los lógicos llaman una petición de principio: se da por supuesto precisamente lo que hay que

(117) Vid., por todos, ALMAGRO NOSETE y SAAVEDRA GALLO, *ob. cit.* (n. 107), pág. 216, y las Resoluciones del TEAC de 23-4-1992 (Ar. 28), 17-12-1992 (Ar. 746), 7-7-1993 (Ar. 1230) y 9-6-1993 (Ar. 1067). En contra, IBÁÑEZ GARCÍA, *El impuesto sobre los actos jurídicos documentados a la luz del artículo 31 CE y la posibilidad de que los Tribunales Económico-Administrativos planteen cuestiones de inconstitucionalidad*, «Actualidad Tributaria», 1995, págs. 1233 y ss.

(118) Vid., por ejemplo, CHECA GONZÁLEZ, *Legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial y deducción del IVA soportado por las actividades previas a la realización regular de operaciones económicas*, «Noticias de la Unión Europea», 192, 2001, pág. 53; FALCÓN Y TELLA, «La legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial», *Impuestos*, 1990, t. II, pág. 1110; GONZÁLEZ PÉREZ y TOLEDO JAÚDENES, *ob. cit.* (n. 68), pág. 764; PERULLES MORENO, «Reclamaciones económico-administrativas», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando SAINZ DE BUJANDA*, IEF, Madrid, 1991, t. II, pág. 1847. Vid., también, las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28-7-1994 (Ar. 2575) y 4-3-1999 (Ar. 940), que realizan implícitamente esta afirmación en sus *obiter dicta*, y la Resolución del TEAC de 2-3-1994 (Ar. 600).

demostrar (119). En efecto, para intentar hacer ver que la Administración *no puede inaplicar por sí misma una ley inconstitucional* se parte de la premisa de que la Administración *no puede inaplicar por sí misma una ley inconstitucional a menos que provoque su anulación mediante una cuestión de inconstitucionalidad*. Luego, como la Administración *no puede formular esta cuestión*, se concluye que *tampoco le está permitido inaplicar dichas normas*. Resulta difícil encontrar un ejemplo de *circulus in demonstrando* más evidente que éste.

A nuestro juicio, el que los órganos administrativos *no estén facultados para elevar una cuestión de inconstitucionalidad* lo único que implica es, sencillamente, que la única posibilidad que les queda para hacer prevalecer la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento sobre las leyes que la contravengan es, obviamente, *inaplicarlas por su propia autoridad*. El que la Administración carezca de la facultad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad significa que *no puede descargar sobre otro sujeto la responsabilidad de hacer prevalecer la Constitución sobre las normas contrarias a ésta*.

E) *La legitimidad democrática del Legislador y su superioridad sobre la Administración.*

Supuesto que el Legislador actúa racionalmente, cabe presumir que éste considera ajustadas a la Constitución y al Derecho comunitario las leyes que emana. Pues bien, ¿por qué la Administración, que actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE) y cuya legitimidad democrática es menor que la del Parlamento, debe actuar según su propia opinión sobre la constitucionalidad y validez de las leyes que ha de aplicar y no según la opinión al respecto que presumiblemente quepa atribuir al Legislador? ¿El que la Administración pueda hacer prevalecer su opinión le coloca en una posición de superioridad respecto de éste?

Según lo vemos nosotros, la Administración *no debe considerarse vinculada por las leyes que considere inconstitucionales e inválidas*, porque la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y vincula a todos *directamente y no mediatamente o secundum legem*, según la interpretación que el Legislador haya hecho de la misma. Como ha señalado DE OTTO, «si lo que caracteriza a la Constitución es ser norma suprema, por encima de las leyes, es claro que establece directa e inmediatamente una vinculación para todos

(119) Vid. SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, Vahlen, München, 1995, págs. 218 y ss.

los órganos del Estado, incluidos los de aplicación» (120); «la eficacia directa supone que el aplicador de las normas es a la vez juez de su constitucionalidad y sólo las aplicará cuando superen ese juicio rechazándolas en caso contrario» (121). Esta es la regla general. Todos los operadores jurídicos tienen lo que la doctrina alemana denomina el poder de examinar (*Prüfungsrecht*) la constitucionalidad de las normas que han de aplicar, y el de rechazarlas si no superan el examen (*Verwerfungsrecht*). Esta regla sólo puede ser excepcionada o matizada en la medida en que así lo disponga la propia Constitución. Así, la española sólo ha limitado la potestad de los Juzgados y Tribunales ordinarios para rechazar, inaplicar, las leyes inconstitucionales publicadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. El poder de los restantes poderes públicos queda intacto. Para ilustrar esto, todavía sirven las magistrales palabras de HAMILTON, dichas en 1788, al objeto de justificar la facultad de los Tribunales de inaplicar leyes inconstitucionales:

«Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores... La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad de poder judicial sobre el legislativo. Sólo sig-

(120) DE OTTO, *ob. cit.* (n. 39), pág. 16.

(121) *Ibidem*, pág. 78.

nifica que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son» (122).

Por eso mismo, la *eficacia jurídica directa* del Derecho comunitario y su *supremacía* sobre el propio de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea obliga a todos los órganos estatales a inaplicar las normas internas, legales o reglamentarias, que estimen contrarias al ordenamiento comunitario. Esta obligación sólo podría limitarse o matizarse en virtud de una clara e inequívoca disposición comunitaria, que hoy por hoy no existe.

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978 (*Simmmenthal*, 106/77) declaró que la supremacía del Derecho comunitario sobre el de los Estados miembros, su eficacia jurídica inmediata y directa, obligaba a todos los *jueces* nacionales a inaplicar por su propia autoridad e inmediatamente —sin plantear una suerte de cuestión de inconstitucionalidad— las leyes nacionales que estimasen contrarias al mismo (123). Claro que aquí se hablaba únicamente de *jueces*.

Será la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de junio de 1989 (*Fratelli Constanzo*, 103/88) la que juzgue si la Administración «disfruta de la facultad o le incumbe la obligación de inaplicar las disposiciones internas contrarias a dicha norma comunitaria [una Directiva]... o si dicha facultad u obligación de inaplicación corresponde únicamente al juez nacional». El Tribunal dejará sentado que, en la medida en que la norma comunitaria tiene eficacia directa, la Administración está obligada a inaplicar las disposiciones internas, en este caso un Decreto-Ley, que la contradigan.

«Si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

(122) HAMILTON, *ob. cit.* (n. 26), pág. 332.

(123) Sobre la incidencia de esta Sentencia en la jurisprudencia española y francesa, vid. M.^o C. ALONSO GARCÍA, *La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho comunitario*, núm. 138 de esta REVISTA, 1995, págs. 203-223.

Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.»

Además, el hecho de que dicho Tribunal haya admitido y resuelto cuestiones prejudiciales planteadas, con arreglo al artículo 234 (antes 177) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, por órganos administrativos —v. gr., por Tribunales Económico-Administrativos españoles (124)— implica el reconocimiento de que éstos pueden inaplicar por sí mismos las normas internas que estimen contrarias al Derecho comunitario (125).

Así las cosas, los autores españoles han aceptado, no sin cierta perplejidad y reticencias, que los órganos administrativos puedan inaplicar por su propia autoridad las normas internas incompatibles con el Derecho comunitario (126). Lo sorprendente es que algunos

(124) Vid. las SSTJCE de 1-4-1993 (*Diversinte e Iberacta*, 260 y 261/91) y 21-3-2000 (*Gabalfrisa y otros*, 110-147/98). El TEAC ha afirmado en numerosas ocasiones su facultad para plantear estas cuestiones; vid., por ejemplo, las Resoluciones de 2-4-1992 (Ar. 27), 29-4-1993 (Ar. 687), 31-1-1994 (Ar. 264), 23-6-1994 (Ar. 1070), 26-6-1997 (Ar. 1033) y 22-10-1999 (Ar. 1813). En contra, GIL IBÁÑEZ, *La competencia del Tribunal Económico-Administrativo Central para el planteamiento de cuestiones prejudiciales*, «Tribunal Fiscal», 57, 1995, págs. 57 y ss.

(125) En este sentido, MÁLVAREZ PASCUAL, *La admisibilidad y los efectos de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Económico-Administrativos*, «Revista de Contabilidad y Tributación», 209-210, 2000, págs. 39 y ss.

(126) Asumen categóricamente esta regla: MANGAS MARTÍN, «Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno en los estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *El Derecho comunitario y su aplicación judicial* (dirs. RODRÍGUEZ IGLESIAS y LIÑÁN NOGUERAS), Civitas, Madrid, 1993, págs. 92 y 93; MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 62; TRAYTER JIMÉNEZ, *El efecto directo en las directivas comunitarias: el papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación*, núm. 125 de esta REVISTA, 1991, págs. 268 y ss. En cambio, FALCÓN Y TELLA, *ob. cit.* (n. 118), pág. 1109, n. 19, dice que esta regla general

de esos autores, al mismo tiempo, nieguen a tales órganos la facultad de inaplicar leyes y reglamentos inconstitucionales (127). Para justificar esta diferencia se ofrecen a veces razonamientos desconcertantes. Se afirma, por ejemplo, que «si en vía económico-administrativa surgen dudas sobre la legalidad de un reglamento o sobre la adecuación a la Constitución de un texto legal, habrá que esperar al agotamiento de esta vía para que la cuestión pueda ser planteada», pues un Tribunal Económico-Administrativo no puede declarar la ilegalidad de un reglamento ni tampoco plantear cuestión de inconstitucionalidad. «En cambio, *tratándose de la aplicación del Derecho comunitario, tal dilación sería contraria al principio de primacía, que exige que el órgano económico-administrativo inaplique, por su propia autoridad, las normas internas contrarias al ordenamiento comunitario*» (128). Es decir, ¿se razona como si la Constitución española, al contrario que el Derecho comunitario, no primara sobre leyes y reglamentos ni tampoco tuviera eficacia jurídica directa!

V. EL DEBER DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE INAPLICAR NORMAS INVÁLIDAS

Se ha dicho que el funcionario, «en virtud del principio de dependencia jerárquica administrativa, se ve obligado en todo caso a aplicar los reglamentos, con independencia de su posible ilegalidad e, incluso, inconstitucionalidad» (129). Esta afirmación nos parece incorrecta por dos razones: de un lado, porque el solo hecho de que un funcionario dependa jerárquicamente del autor de una norma no le impide inaplicar ésta; de otro lado, porque hay órganos administrativos independientes, no subordinados jerárquicamente a otros.

deberá ser matizada cuando se trate de funcionarios subordinados jerárquicamente. Dice GARCÍA NOVOA, *Los Tribunales Económico-Administrativos como jueces de lo comunitario en materia tributaria*, «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», 236, 1995, pág. 439, que sólo pueden inaplicar las normas internas contrarias al Derecho comunitario los órganos administrativos independientes, «libres de subordinación jerárquica»; sin embargo, luego afirma que los Tribunales Económico-Administrativos son incompetentes para conocer de una reclamación contra un acto fundada en que éste aplica un reglamento contrario al Derecho comunitario. Según MÁLVAREZ PASCUAL, *ob. cit.* (n. 125), pág. 40, n. 102, sólo podrán inaplicar normas internas contrarias al Derecho comunitario los órganos administrativos legitimados para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJCE.

(127) Vid., por ejemplo, FALCÓN Y TELLA, *ob. cit.* (n. 118), pág. 1110; MÁLVAREZ PASCUAL, *ob. cit.* (n. 125), págs. 18 y 40.

(128) FALCÓN Y TELLA, *ob. cit.* (n. 118), pág. 1110. En cursiva en el original.

(129) REQUEJO PAGES, *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pág. 145. En sentido similar, DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 69 y 72.

1. Titulares de órganos sometidos a instrucciones jerárquicas

El artículo 21.1 de la Ley 30/1992 dispone que «los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio» (130). Es claro que, a través de estas instrucciones, también llamadas circulares, los órganos superiores pueden imponer a los inferiores una determinada interpretación de una norma jurídica, así como su aplicación o inaplicación; por ejemplo, pueden obligarle a aplicar un reglamento que al funcionario le parece ilegal o inconstitucional (131).

Cabe que estas instrucciones hayan sido provocadas por los obligados a acatarlas. El funcionario que dude de la legalidad de una determinada norma jurídica *puede*, en vez de inaplicarla bajo su propia responsabilidad, consultar sobre este particular a sus superiores jerárquicos, y éstos, si la estiman válida, tienen potestad para imponerle su aplicación. Decimos *puede* porque, salvo error nuestro, no hay precepto alguno en nuestro Derecho positivo que obligue a los servidores públicos a plantear esta cuestión «prejudicial».

En cualquier caso, dichas circulares, aunque puedan ser calificadas como normas jurídicas y tengan carácter vinculante (132), no alteran la competencia para inaplicar las normas inválidas atribuida al correspondiente órgano administrativo. Se trata de órdenes dirigidas a la persona física titular de dicho órgano para que ejerza su competencia —decidir incidentalmente sobre la invalidez de una norma— en un determinado sentido (133), pero este órgano no deja por ello de ser competente al respecto. Por consiguiente, el acto dictado con infracción de una circular que imponía la aplicación de una norma que luego resulta ser inválida no padece por esta causa un vicio de incompetencia, si bien es posible que la persona que emitió dicho

(130) Al respecto, vid. BAENA DEL ALCAZAR, *Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo*, núm. 48 de esta REVISTA, 1965, págs. 107 y ss.; MORENO REBATO, *Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico*, núm. 147 de esta REVISTA, 1998, págs. 159-200; ORTIZ DÍAZ, *Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés*, núm. 24 de esta REVISTA, 1957, págs. 335-355; SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.* (n. 41), págs. 727 y ss.

(131) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.* (n. 82), pág. 17. En Alemania, BACHOF, *ob. cit.* (n. 25), pág. 44; GIERKE, *ob. cit.* (n. 6), pág. 63; KOPP, *ob. cit.* (n. 25), pág. 828; PIETZCKER, *ob. cit.* (n. 70), págs. 807 y 808.

(132) Vid. OSSENBÜHL, «Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung», *Allgemeines Verwaltungsrecht* (dir. ERICHSEN), De Gruyter, Berlín, 1995, § 6, marginal 41.

(133) Señala GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (con GONZÁLEZ PÉREZ), Civitas, Madrid, 1999, t. I, pág. 783, que «el destinatario no es propiamente el órgano sino la persona física adscrita al mismo».

acto sea sancionada penal (134) o disciplinariamente (135). Así se deduce claramente del artículo 21.2 de la Ley 30/1992, que dispone que «el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir» (136). Por lo demás, aquí no se van a estudiar los límites de este deber de obediencia, que, cuando menos, están en función del valor que en cada caso concreto tiene la obediencia a los superiores jerárquicos del personal al servicio de la Administración para asegurar el correcto funcionamiento de la misma y la dignidad de los intereses jurídicos protegidos que se verían lesionados con la aplicación de la norma inválida (137).

Algún autor considera que las disposiciones reglamentarias dictadas por un órgano administrativo constituyen, a la vez, mandatos o instrucciones dirigidos a los titulares de los órganos dependientes jerárquicamente del mismo para que ejerzan sus competencias en un determinado sentido: «El reglamento contiene un plus respecto de la circular —la eficacia externa— pero al mismo tiempo comprende una orden de aplicación dirigida a los subordinados» (138). Esta concepción resulta discutible ya que, como ha notado GARCÍA DE ENTERRÍA, «los reglamentos no afectan a los funcionarios como mandatos jerárquicos, beneficiados del deber de obediencia, sino como Derecho objetivo... y sin beneficiarse de ninguna ventaja respecto de la obediencia debida a las leyes, antes bien lo contrario» (139). La simple emisión de un reglamento no limita la responsabilidad con la que las personas titulares de los órganos administrativos competentes para inaplicar un reglamento deben desempeñar las tareas que tienen encomendadas. Resulta razonable entender que la limitación de esta responsabilidad requiere de un mandato expreso encaminado a tal fin y dictado en ejercicio de la potestad de mando que las leyes reconocen a los órganos superiores respecto de sus subordinados. En ausencia de tales órdenes jerárquicas, el deber de los funcionarios de

(134) Vid. el artículo 410 del Código Penal.

(135) Vid. el artículo 7.1.a) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero).

(136) En este sentido, OTERO NOVAS, *ob. cit.* (n. 93), pág. 246, dice que «no puede confundirse la corrección subjetiva [de la manera de actuar] del funcionario, con la corrección objetiva de lo que el funcionario resuelve».

(137) Vid., por ejemplo, el artículo 34 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que limita el deber de obediencia de los militares a las órdenes que reciben.

(138) PIETZCKER, *ob. cit.* (n. 5), pág. 387.

(139) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.* (n. 82), pág. 17. Según KOPP, *ob. cit.* (n. 25), pág. 828, esta equiparación entre reglamento y mandato jerárquico carece de justificación. De la misma opinión, si bien en relación con las leyes, HALL, *ob. cit.* (n. 102), pág. 554.

inaplicar las normas inválidas permanece intacto (140), pues el Legislador español los hace «responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo» (141), y la bondad de la gestión implica, claro está, su legalidad.

2. Titulares de órganos funcionalmente independientes

Lógicamente, el órgano administrativo al que se le plantea incidentalmente la invalidez de una norma no queda vinculado por las instrucciones que ordenan la aplicación de la misma dictadas por órganos a los cuales no está subordinado jerárquicamente (142). Así, a los órganos que gozan de independencia nunca se les podrá imponer la aplicación de una norma que ellos consideren inválida.

La independencia de un órgano consiste en que su actuación está sometida exclusivamente al Derecho, al ordenamiento jurídico en su totalidad (143). Dicho más exactamente, el carácter independiente de un órgano significa que éste «debe interpretar y aplicar las normas con pleno respeto a la jerarquía» que entre ellas ha creado el ordenamiento. «La independencia o desconexión se predica aquí de todo tipo de norma mediante la cual se pretenda alterar el principio de jerarquía normativa con arreglo al cual debe actuar» el órgano independiente. Independizar a un órgano «no es, jurídicamente, más que reforzar un principio inherente al sistema: *que las diferentes subordinaciones jurídicas deben respetar en todo caso las vías de formalización establecidas por el ordenamiento y las relaciones de infra y supraordenación que resultan de la atribución a cada forma de un específico grado de validez y resistencia frente a las restantes*» (144). En el Derecho español hay varios órganos administrativos que gozan de independencia así entendida (145).

Cabe citar, por ejemplo, al Director de la Agencia de Protección de Datos, que ejerce «sus funciones con plena independencia y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de aquéllas» (146).

(140) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.* (n. 82), pág. 17, respecto de los reglamentos ilegales.

(141) Vid. el artículo 81.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (D. 315/1964, de 7 de febrero).

(142) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.* (n. 82), pág. 17, respecto de los reglamentos ilegales.

(143) Vid. REQUEJO PAGÉS, *ob. cit.* (n. 129), págs. 161 y ss.

(144) *Ibidem*, págs. 187 y 188; la cursiva es del original.

(145) No obstante, hay quien dice que la independencia es propia y exclusiva de jueces y magistrados; vid., por ejemplo, MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 10), t. I, pág. 115, que no argumenta esta afirmación.

(146) Artículo 36.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El Tribunal de Defensa de la Competencia, por su parte, «adscrito orgánicamente al Ministerio competente por razón de la materia, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico» (147). Ya el término «Tribunal» con el que se designa a este órgano administrativo resulta indicativo al respecto.

También los Tribunales Económico-Administrativos son independientes (148). Así se establece en el artículo 90 de la Ley General Tributaria, que dice que «las funciones de la Administración en materia tributaria se ejercerán con separación en sus dos órdenes de gestión, para la liquidación y recaudación, y de resolución de reclamaciones que contra aquella gestión se susciten, y estarán encomendadas a órganos diferentes» (149), y en el artículo 18.1 de la misma Ley, que declara que las disposiciones dictadas por el Ministro de Hacienda «interpretativas o aclaratorias» de las leyes son de obligado acatamiento para los órganos de gestión de la Administración pública; interpretado este precepto a *sensu contrario*, hay que entender que los órganos económico-administrativos no están obligados a acatar tales disposiciones (150).

Conviene no confundir la independencia con las técnicas que pretenden garantizarla. Para asegurar que los órganos independientes actúan efectivamente, en el terreno de los hechos, con pleno sometimiento al ordenamiento jurídico se establecen ciertas cautelas: objetividad de los sistemas de selección de los titulares de esos órganos, inamovilidad, incompatibilidades, etc. (151). La independencia tiene carácter absoluto: se tiene o no se tiene. En cambio, las garantías de la independencia tienen un valor relativo: pueden ser mayores o menores, más o menos efectivas (152). El hecho de que un órgano administrativo no tenga garantizada su independencia con la misma intensidad que los Juzgados y Tribunales no le resta un ápice de su carácter independiente. Así, por ejemplo, la circunstancia de que los miembros de los órganos económico-administrativos sean nombra-

(147) Artículo 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Sobre este precepto, vid. CASES PALLARÉS, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 282 y ss.; SORIANO GARCIA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 301 y ss.

(148) PERULLES MORENO, *ob. cit.* (n. 118), págs. 1845 y ss.; CERVERA TORREJÓN, «Reclamaciones económico-administrativas», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando SAINZ DE BUJANDA*, IEF, Madrid, 1991, t. II, pág. 1812; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. cit.* (n. 45), t. II, pág. 537; GARCÍA NOVOA, *ob. cit.* (n. 126), pág. 439.

(149) En este sentido, vid. el ATS de 16-7-1999 (Ar. 6380).

(150) GONZÁLEZ PÉREZ y TOLEDO JAUDENES, *ob. cit.* (n. 68), pág. 768; MARTÍNEZ LAFUENTE, *La potestad reglamentaria de los Ministros. Especial referencia al ámbito tributario*, «Revista Española de Derecho Financiero», 22, 1979, pág. 238; OTERO NOVAS, *ob. cit.* (n. 93), pág. 246.

(151) Vid. MONTERO AROCA, *ob. cit.* (n. 10), t. I, págs. 115 y ss. y 167 y ss.

(152) En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal* (con CÁMARA RUIZ y JUAN SÁNCHEZ), Punto y Coma, Valencia, 2000, págs. 42 y 43.

dos y destituidos por el Consejo de Ministros o el Ministro de Hacienda no impide que *deban* actuar independientemente, aplicando el Derecho con plena sujeción al principio de jerarquía normativa. Esta «dependencia orgánica» de los Tribunales Económico-Administrativos entorpece el cumplimiento de su obligación de actuar independientemente, pero no por ello deja de existir esa obligación.

VI. CONCLUSIONES

Las Administraciones públicas pueden y deben inaplicar por su propia autoridad las normas legales y reglamentarias que consideren inválidas. Así lo exigen: el sometimiento pleno y directo de la Administración al Derecho; la responsabilidad que la Administración asume de ejercer conforme a Derecho sus propias competencias y que no puede descargar sobre otro sujeto planteando una cuestión devolutiva de inconstitucionalidad o de ilegalidad; la celeridad de la actuación administrativa; la necesidad de evitar el riesgo de que normas de mayor valor y jerarquía que las inaplicadas queden provisionalmente privadas de efecto; la interpretación conforme con la Constitución de las leyes que imponen a los ciudadanos la carga de interponer un recurso administrativo previo para poder recabar la tutela de los Tribunales; y una interpretación del artículo 107.3 de la Ley 30/1992 que dote a este precepto de sentido y utilidad.

Mediante instrucciones jerárquicas puede imponerse a las personas físicas titulares de un órgano administrativo la aplicación de una norma inválida. Sin embargo, no por ello deja ese órgano de ser competente para inaplicar dicha norma. El acto dictado con infracción de una instrucción que imponía la aplicación de una norma que luego resultó ser inválida no padece por esta causa un vicio de incompetencia, si bien cabe que el funcionario autor del acto sea sancionado por ello. En ausencia de instrucciones jerárquicas, el deber del funcionario de inaplicar bajo su propia responsabilidad las normas que considere inválidas permanece intacto. Los órganos administrativos independientes, no sujetos a tales instrucciones, están obligados a inaplicar por sí mismos las normas que juzguen inválidas.