

¿DESAPARECE EL RECURSO CONTRA REGLAMENTOS?

SUMARIO: I. SOBRE EL PROGRESO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.—II. LA SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1971 Y EL SISTEMA DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO OBJETIVO: 1. *El planteamiento de la "litis"*. 2. *La sentencia*. 3. *La vieja doctrina y su rectificación legislativa*. 4. *La publicación de las disposiciones generales, requisito esencial para su existencia*. 5. *El sistema de producción del Derecho objetivo según la sentencia de 22 de marzo de 1971*.—III. EL ACCESO AL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS EN LA SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971: 1. *El planteamiento de la "litis"*. 2. *La sentencia*.—IV. ¿DESAPARECE EL RECURSO CONTRA REGLAMENTOS?

I

SOBRE EL PROGRESO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

¿Progresas realmente el Derecho administrativo español? Nadie debe sorprenderse de la pregunta, cuya formulación es imprescindible en este momento en que la obra renovadora de los años cincuenta ha alcanzado en términos numéricos la mayoría de edad, frontera ésta que en todos los órdenes de la vida obliga a la reflexión antes de proseguir el camino.

Por mi parte, no voy a intentar en estas líneas responder a dicha pregunta, tarea que, por supuesto, exige mayor espacio y detenimiento (1). Me parece importante, sin embargo, dejarla formulada a modo de advertencia o llamada de atención ante el peligro de complacencia en los logros obtenidos a lo largo de estos veintiún últimos años, logros evidentes, desde luego, si lo que se contempla son los textos legales surgidos en este período y la bibliografía científica aparecida durante el mismo, pero más que dudosos si se pone la vista en la doctrina jurisprudencial.

(1) Al tema dedico la segunda parte de mi *Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho administrativo*, bajo el título *Ley, doctrina y jurisprudencia en el Derecho administrativo español*.

Por lo demás, para que esta pregunta tenga un sentido concreto y la reflexión a que invita no se pierda en generalidades carentes de toda utilidad, me parece oportuno traer a colación dos sentencias recientes, relativas a dos cuestiones básicas, en las que se han centrado los esfuerzos de la renovación legislativa y doctrinal: el sistema de producción del Derecho objetivo y el recurso contra reglamentos. En ambos casos huelga el análisis crítico detallado, entre otras razones porque este análisis ya está hecho muy autorizadamente (2). Lo que importa sobre todo es comprobar cómo después de veinte años y a pesar de las explícitas formulaciones de las nuevas leyes, los términos del problema siguen siendo los mismos. Lo que importa, en fin, es el *quo vadis* de nuestro Derecho administrativo actual y ello porque no tendría ningún sentido proseguir el avance si lo que se va dejando atrás no es terreno conquistado, sino terreno perdido. Pensar en esto es importante, especialmente cuando, por puro mimetismo unas veces, por prejuicios estetizantes en otras y por razones aún menos estimables en la mayoría, se dice y se repite con énfasis digno de mejor causa que la Administración de la legalidad está superada y que es necesario sustituirla por la Administración de la eficacia.

II

LA SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1971 Y EL SISTEMA DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO OBJETIVO

1. El problema de fondo —complejo en su detalle como es norma en materia de funcionarios— no tiene ningún interés especial en estos momentos. Por lo demás, los hechos de la “litis” pueden ser fácilmente simplificados, pese a la complejidad aludida, en los siguientes términos: una orden del Ministerio de Marina número 3394, de 21 de julio de 1967 (publicada en el *Diario Oficial* número 168 de dicho año, aunque no en el *Boletín Oficial del Estado*), estableció un derecho de opción para el personal de la escala a extinguir de Conserjes del Ministerio de Marina entre la continuación en escala a extinguir, disfrutando los sueldos militares procedentes, o la integración en el Cuerpo General Subalterno, con el coeficiente 1,3. Al propio tiempo, la referida orden otorgó, a su vez,

(2) Ultimamente, el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970. En concreto, y por lo que se refiere a las cuestiones directamente afrontadas en el texto, *vid.* el capítulo I del primero de los trabajos incluidos en el libro (“Significación general del control judicial sobre las normas reglamentarias”), págs. 3 a 33 y sus referencias.

al personal de la escala a extinguir de Porteros y Mozos de Oficio de la Subsecretaría de la Marina Mercante, que venían estando equiparados a los anteriores desde el decreto de 6 de febrero de 1943, la posibilidad de optar entre la integración en el Cuerpo General Subalterno, con el coeficiente 1,3, o la continuación en la misma escala a extinguir, con igual coeficiente.

Uno de los términos de ambas opciones ofrecidos por la orden 3394/1967 era, pues, el mismo: la integración en el Cuerpo General Subalterno, con el coeficiente 1,3. Otro de los términos, en cambio, variaba: sueldos militares para los conserjes del Ministerio; continuación en su escala a extinguir, con el coeficiente 1,3, para los porteros y mozos de oficio de la Subsecretaría de la Marina Mercante. Entendiendo estos últimos que la diversidad de opciones alteraba injustificadamente su tradicional equiparación con la escala de Conserjes del Ministerio (3), impugnaron en reposición la referida orden, que, a su juicio, se apartaba igualmente del decreto de 20 de abril de 1967 y de la ley 103/1966, de 28 de diciembre, sobre funcionarios civiles de la Administración militar, disposiciones éstas a cuyo amparo solicitaban el reconocimiento del derecho a ejercitar igual opción que la otorgada a los conserjes y, concretamente, el de elegir la continuación como escala a extinguir disfrutando sueldos militares.

El recurso de reposición se interpuso con fecha 22 de agosto de 1967, y transcurridos treinta días justos, es decir, el 21 de septiembre siguiente, entendieron los recurrentes producido el silencio desestimatorio, deduciendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo. Dicho recurso fue declarado inadmisibile en sentencia de 27 de noviembre de 1968, por entender que el recurso se había interpuesto extemporáneamente, es decir, antes de cumplirse totalmente el plazo de silencio.

Entre tanto, el recurso de reposición pendiente fue resuelto expresamente el 11 de enero de 1968 en sentido desestimatorio, sin que los

(3) La ley de 19 de febrero de 1942, que creó la Subsecretaría de la Marina Mercante, integró en el Ministerio de Marina a los porteros y mozos de oficio de las antiguas Delegaciones Marítimas y de Pesca. Un decreto de 6 de febrero de 1943 declaró a extinguir esta categoría de personal y, al propio tiempo, dispuso que "el régimen de haberes de este personal será el mismo concedido o que se conceda al Cuerpo de Porteros y Mozos de Oficio del Ministerio de Marina", por cuyo reglamento habría de regirse "mientras existiera en plantilla". La ley de 29 de abril de 1964 creó el Cuerpo de Conserjes del Ministerio de Marina y estableció en su artículo 2 que dicho Cuerpo "quedaría integrado por el personal que actualmente se rige por el reglamento de Porteros y Mozos de Oficio del Ministerio de Marina". Una orden del Ministerio de Marina número 532/1965 dispuso, en ejecución de la ley anterior, que "es de aplicación al personal a extinguir de porteros y mozos de oficio de las antiguas Delegaciones Marítimas y de Pesca el régimen de haberes concedido al personal del Cuerpo de Conserjes de este Ministerio por la ley 6/1964, de 24 de abril" (art. 1.º).

interesados ampliaran el recurso contencioso que tenían interpuesto contra la orden de 21 de julio de 1967, ni interpusieran nuevo recurso para acumularlo a éste.

Cegada así la vía del recurso directo, por el error en el cómputo del mes de silencio —más que disculpable, por otra parte, dada la artificialidad que en el cómputo de los meses resulta de la conocida doctrina jurisprudencial de los meses de treinta días (4)—, los interesados acudieron a la técnica del recurso indirecto, impugnando en reposición el 30 de octubre de 1969 las nóminas de haberes que venían poniéndoseles al cobro en aplicación de la referida orden ministerial 3394/1967. Dicho recurso de reposición fue expresamente desestimado por resolución de 25 de noviembre de 1969, contra la cual se dedujo nuevo recurso contencioso, que fue declarado nuevamente inadmisibile por la Sala 5.^a del Tribunal Supremo en sentencia de 27 de marzo de 1971, fallo que merece, desde luego, algún comentario y reflexión.

La sentencia en cuestión dice así:

“CONSIDERANDO que, a la vista de lo expuesto, la Abogacía del Estado alega, en primer término, la causa de inadmisibilidad dimanante de los artículos 40 a) y 82 c) de la ley de 27 de diciembre de 1956, porque el acto de 25 de noviembre de 1969, origen del presente proceso, *no hace más que confirmar el de fecha 11 de enero de 1968*, recaído después de promoverse extemporáneamente la reclamación jurisdiccional sobre la denegación presunta ya destacada y el cual adquirió firmeza al no ser combatido oportuna y adecuadamente; y al concurrir las tres identidades relativas a los sujetos, a la pretensión y al fundamento de ésta, resulta obvia la pertinencia de la tesis que postula el representante de la Administración, pues, aun cuando en la primera de las resoluciones mencionadas, o sea, la de 25 de noviembre de 1969, se hable de una duplicidad de reposiciones y que en esa irregularidad se apoye la desestimación, es lo cierto, sin embargo, que previamente advirtió el Ministerio de Marina que las peticiones recabadas eran, en rea-

(4) *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ: “El cómputo del plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo”, en el núm. 33 de esta REVISTA; GÓMEZ DE ENTERRÍA: “Meses naturales y meses de treinta días en el plazo de iniciación del procedimiento administrativo”, en el núm. 39 de esta REVISTA; ALVAREZ GENDÍN: “El cómputo del plazo para interponer recurso de reposición previo al contencioso-administrativo”, en el núm. 41 de esta REVISTA; GONZÁLEZ NAVARRO: “Cómputo de plazos y recurso de reposición”, en el núm. 53 de esta REVISTA. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento ciertamente, pero ello no puede decirse de la jurisprudencia con igual razón, mucho menos cuando la interpretación jurisprudencial es tan complicada y artificiosa como en esta cuestión de la duración de los meses, en que, a través de un complejo juego de remisiones, se llega a una solución que se aparta de la que ofrece el calendario.

lidad, coincidentes con las que se enjuiciaron y decidieron en la anterior de 11 de enero de 1968.

CONSIDERANDO que refuerza el punto de vista precedente, según se deduce de los resultados de la indicada sentencia de 27 de noviembre de 1968 e incluso de manifestaciones de los propios actores, el dato de que, al dictarse el decreto 907/1967, de 24 de abril, cuyo artículo 6 concedía la opción que ahora se interesa, aquéllos dirigieron instancia al Ministerio de Marina con fecha 31 de mayo de dicho año 1967, en la que solicitaron, atribuyéndose la condición de conserjes de ese Departamento, continuar en la situación a extinguir y sometidos a las remuneraciones que otorgó la ley 113/1966, de 28 de diciembre, elección que reiteraba el apartado 2 de la norma primera de la referida orden 3394/1967, de 21 de julio, objeto precisamente de la actual reclamación; y a pesar de que el Ministerio no resolvió la petición de que se habla, los recurrentes, al margen de lo que luego reguló la repetida orden y con independencia de ella, no impugnaron el acto presunto de la Administración al amparo del artículo 38 de la ley de 27 de diciembre de 1956.

CONSIDERANDO que, *descartada la ineficacia que, en primer término, se imputa a la orden 3394/1967 al no insertarse en el Boletín Oficial del Estado, puesto que los accionantes se dieron por enterados con su publicación en el Diario Oficial número 168, de 24 de julio de 1967, y utilizaron el recurso contencioso, susceptible de haberle reproducido más tarde respecto de la resolución de 11 de enero de 1968 —lo que dio lugar a que se cumplieran los requisitos del artículo 59,2 de la susodicha ley de 27 de diciembre de 1956—, la demanda justifica la actual impugnación jurisdiccional y la improcedencia de que se oponga a su viabilidad la causa de inadmisión que se examina con la invocación del artículo 39,4, de la mencionada ley de 1956; pero aparte de que los actores recurrieron primitivamente a la orden 3394/1967 en concordancia con el párrafo 3 del mismo precepto —que emplea para que se observe la locución “en todo caso”—, porque aquella disposición de carácter general tenían que cumplirla directamente, sin necesidad de un previo requerimiento o sujeción individual, particularidades absorbidas en el párrafo 4 que se aduce, cual demuestra que las pretensiones son idénticas, es lo cierto, que si los actos de aplicación radican en las liquidaciones de haberes que se les*

efectuó, *la reclamación debió suscitarse al surgir el primero de ellos*, a continuación, pues, de regir lo que prescribía la tantas veces citada orden 3394/1967, sin esperar al 30 de octubre de 1969, en que mostraron su disconformidad con las derivaciones económicas de la misma, conclusión que se traduce, a base de un nuevo giro, en igual motivo de inadmisibilidad que se ha razonado.

CONSIDERANDO que, en este último aspecto, no caber argüir, para contrarrestar la anterior reflexión, que, conforme a la jurisprudencia que se cita en la demanda (5), las liquidaciones de haberes no son actos administrativos, sino de gestión, ya que, en tal hipótesis, al no haberse configurado uno de aquéllos, desaparecería la exigencia de actos de aplicación individual a que se contrae el párrafo 4) del artículo 39, apoyo primordial del criterio que se defiende, y esto sin olvidar, insistiendo en el argumento básico de la divergencia, que la interpretación de una norma legal de inexcusable cumplimiento en relación con las finalidades económicas de las nóminas, *sino en la observancia de una disposición —la orden 3394/1967— cuya ineficacia sólo puede contradecirse y enervarse en el primer momento de su aplicación, pero no cuando ésta se había reiteradamente tolerado*, y de aquí, que paralelamente a la orientación jurisprudencial aludida, las sentencias, entre otras, de 23 de enero de 1969 y 28 de febrero de 1970 puntualizasen, en cuanto al extremo de que se trata, que las nóminas atemperadas al designio de una disposición de carácter general —singularidad que se aprecia en el caso enjuiciado— constituyen auténticos actos administrativos, de tal forma que el percibo del importe correspondiente, sin deducir recurso en tiempo hábil, *significa un consentimiento al contenido de la nómina que impide la revisión contencioso-administrativa posterior fundada en la ilegalidad de la expresada disposición*" (6).

(5) Vid. las sentencias de 23 de noviembre de 1964, 14 de octubre de 1965, 25 de septiembre, 21 de octubre y 14 de diciembre de 1968, 25 de enero, 28 de mayo, 4 y 6 de junio, 24 de septiembre, 15 y 29 de octubre y 4 de noviembre de 1969, entre otras. En ellas se maneja, además, con todo acierto el argumento de la prescripción, extraído del artículo 25 de la ley de Administración y Contabilidad, que da vía libre a cualquier reclamación de créditos—los sueldos lo son, claro está—dentro del plazo de cinco años. Sobre este tema, vid. SANTAMARÍA PASTOR: *El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?*, en el núm. 58 de esta REVISTA, páginas 185 y ss.

(6) No es ésta, naturalmente, la única sentencia reciente que mantiene tal doctrina. Habría que recordar aquí las de 10 de junio, 3 de julio, 7 y 23 de octubre y 3 y 9 de diciembre de 1968, y 22 de enero de 1969, que reconocen a la orden de 3 de marzo de 1965, no publicada en el "Boletín Oficial del Estado", "finalidad incluso modificativa" de la ley de Utilidades. Sobre el consentimiento convalidatorio y la limitación del

3. El contenido argumental de la sentencia transcrita es de por sí suficientemente expresivo y, como puede comprobarse, en nada se diferencia de la doctrina jurisprudencial producida a propósito del artículo 3.º de la vieja Ley Santamaría (7) o de la que hace veinte años criticase certeramente CLAVERO en relación al recurso directo contra reglamentos y ordenanzas municipales que introdujo en nuestro Derecho la ley de Régimen Local (8). De nada ha servido, pues, que el legislador de 27 de diciembre de 1956 rectificase expresamente esa doctrina de forma categórica. De nada ha servido que dijese en la exposición de motivos de la ley jurisdiccional —conviene repetir aquí sus palabras— que

“la ley admite expresamente la impugnación directa de las disposiciones generales que infringieren otras de superior jerarquía. *Bien entendido que el no ejercicio de la facultad de impugnación directa no obstará al recurso frente a los actos que se dictaren en aplicación de las disposiciones, fundado en que éstas no son conformes a derecho; sin que sea exigible, al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual, declarar formalmente recurridas las normas que aplique*”.

“Realmente *carecía de sentido* excluir de la impugnación jurisdiccional las disposiciones que dictare la Administración en cualquiera de sus grados. Pues si, *en la mayoría de los casos*, el recurso indirecto previsto en la vigente ley de lo Contencioso-Administrativo constituye garantía suficiente de los derechos o intereses de las personas afectadas, al hacer posible la impugnación de los actos en que se individualice la disposición general, *no lo es, en cambio, para salvaguardar el principio de jerarquía de las fuentes, básico en la organización del estado y solemnemente proclamado en el Fuero de los Españoles.*”

“El principio de unidad de la Administración pública y la autoridad de los órganos superiores exige la creación de un instrumento idóneo para anular las disposiciones que infringieren otras de superior jerarquía, *dado que su mantenimiento implica la aplicación*

recurso al primer acto de aplicación, las de 18 de febrero y 26 de junio de 1969 (“únicamente podía tener viabilidad ejercitándose contra la primera liquidación”). Todas ellas citadas en GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 20, en nota.

(7) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 18 y ss.

(8) CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas en la nueva ley de Régimen local*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, agosto 1951.

Del mismo autor, el prólogo al libro de ORTIZ DÍAZ: *El recurso contencioso-administrativo en la nueva ley de Régimen local*, IEAL, Madrid, 1953. También GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, tomo II, 2.ª ed., 1966, págs. 520 y ss.

de aquéllas por los órganos inferiores de la Administración y que alcancen mayor efectividad que preceptos revestidos de formas más solemnes” (9).

De nada ha servido, en fin, que el propio legislador precisase con toda explicitud en el artículo 39,4 de la ley, descendiendo con ello a funciones explicativas que no le son propias y que parecen poner en duda la capacidad de entendimiento de los destinatarios de la norma, que

“La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2.”

Pese a todo ello la vieja doctrina, tan categóricamente condenada por la ley, ha reaparecido en el texto de la sentencia de 27 de marzo de 1971.

4. Es notable, incluso, y no puede silenciarse, que la citada sentencia se haya hecho eco también de otra tesis —ésta minoritaria, afortunadamente, en el conjunto de la jurisprudencia contencioso-administrativa—, consistente en la minusvaloración del requisito de la publicación de las disposiciones generales en el *Boletín Oficial del Estado*, tradicionalmente entendido en nuestro Derecho como *esencial para la existencia de las mismas*, y no como mera condición de eficacia (10), a pesar de la equívoca redacción de los artículos 29 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado y 132 de la ley de Procedimiento administrativo, cuya correcta conjugación con el artículo 1.º del Código civil encuentra expresión fiel en la sentencia de 24 de junio de 1963.

“Reconociéndose en la propia resolución recurrida de la Fiscalía de Tasas —dice esta sentencia— que las normas de la Dirección General de Comercio Interior de 6 de marzo de 1960 sólo se publicaron en la prensa ‘de esta capital’, refiriéndose a Madrid, es obligado admitir que tales normas, en las que se exige la presentación del escandallo del precio de las mercancías en la oficina pública competente, a partir de su despacho en la aduana, por ser de aplicación general para todos los comerciantes, han de revestir para ser obligatorias las formas previstas en el artículo 23 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, esto es, de decreto, orden o bien disposiciones de este estilo,

(9) Apartado IV, 3.

(10) *Vid.* CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., IEP, Madrid, 1949, páginas 353 y ss. En el mismo sentido, BOQUERA OLIVER: *La publicación de disposiciones generales*, en el núm. 31 de esta REVISTA, págs. 77 y ss.

las procedentes de autoridades y organismos inferiores del gobierno o sus ministros y, además, han de ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* —*Gaceta de Madrid*—, sin lo cual carecen de efectos jurídicos obligatorios de carácter general, según expresamente lo determina el artículo 29 de la citada ley, el cual añade, en corroboración de tal carácter, que tales disposiciones entrarán en vigor una vez así publicadas, conforme a lo dispuesto en el Código civil, o sea a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispusiera otra cosa, de todo lo cual se infiere claramente que las disposiciones de carácter general, esto es, que no van dirigidas a resolver una cuestión concreta y determinada de persona singular y esencialmente individualizada e interesada en ella, *carecen de vigor y, por tanto, no obligarán, ya que jurídicamente no han nacido aunque hayan sido dadas a conocer por otros medios de divulgación que no sean los oficiales auténticos.* Al faltarles la solemne publicidad oficial carecen de fuerza de obligar, no bastando a suplir tal efecto el que la prensa haya dado la noticia de ellas, porque, además de que este medio publicitario no está sancionado por el ordenamiento jurídico como adecuado para la notificación de las leyes, carecen de garantías en orden a la auténtica fidelidad de las normas publicadas por medio de él” (11).

5. Por las razones antes ya apuntadas se va a prescindir aquí de todo análisis crítico detallado de la doctrina contenida en la sentencia de 27

(11) *Vid.* también, además de las citadas por BOQUERA, las sentencias de 4 de mayo de 1964 (“la ineludible exigencia de la promulgación a través de su publicación oficial en el *Boletín Oficial del Estado*”), 8 de febrero de 1963 (“no publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, como sería preciso para que al menos se pudiera tener por dictada”), 17 de marzo de 1962 (“carentes del insustituible requisito promulgatorio”), 12 de febrero de 1962 (“cuya existencia no consta por no aparecer promulgada”), 16 de mayo de 1961 (“sólo se insertó en el *Boletín Oficial del Ministerio del Aire* y no se llevó al *Boletín Oficial del Estado*, sustitutivo de la *Gaceta de Madrid*, que, según el artículo 1.º del Código civil, es el instrumento necesario para determinar la fecha de vigencia legal de los cuerpos y textos de Derecho positivo”), etc.

En éste, como en otros muchos casos, ha venido a resultar que el Código civil no sólo no ha errado, sino que ha acertado positivamente. Me refiero a la confusión de que se le suele acusar entre promulgación y publicación, justificada, además, por la identidad etimológica y la herencia del Derecho intermedio, actos respecto de los que, si bien pueden deslindarse teóricamente, hay que retener—y esto es muy importante—que se producen en íntima unidad en lo que a su vertiente externa se refiere. La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* deja constancia de la promulgación y hace fe de ella y de la propia existencia y contenido de la norma. Por esa razón, la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de una disposición general es imprescindible “para que al menos se pueda tener por dictada”, como dice la sentencia de 8 de febrero de 1963, y “para determinar la fecha de vigencia legal”, como señala la sentencia de 16 de mayo de 1961. declaración esta última de especial valor, puesto que se hace a propósito del problema del plazo de impugnación de una orden que sólo había sido publicada en un diario ministerial.

de marzo de 1971, análisis que exigiría un fatigoso comentario —innecesario, además, por conocido— de las normas constitucionales y ordinarias que vertebran en el ordenamiento jurídico vigente el sistema de producción e integración del derecho objetivo: artículo 17 del Fuero de los Españoles, artículo 41 de la ley Orgánica del Estado, artículo 7.º de la ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 23, 26, 28 y 29 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, artículos 47,2 y 132 de la ley de Procedimiento administrativo, artículos 39 y 83 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y artículos 1.º y 5.º del Código civil, sustancialmente.

Prescindiendo de este análisis, se van a reseñar sucintamente a continuación las conclusiones y resultados que se desprenden de la doctrina mantenida por la sentencia en cuestión y que constituyen, como puede verse, una nueva y radicalmente diferente concepción y estructuración de este sistema:

a) La validez y eficacia de las disposiciones de carácter general es independiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

b) Las disposiciones de carácter general obligan a partir del momento en que los interesados o destinatarios de las mismas se dan por enterados de su existencia.

c) Las disposiciones de carácter general que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico son simplemente anulables en vía de recurso.

El consentimiento, incluso no expreso, y el simple aquietamiento ante una norma jurídica produce la convalidación de todos sus posibles vicios.

d) Igual efecto convalidatorio produce el aquietamiento ante el primer acto de aplicación de la norma viciada.

e) Las leyes y demás disposiciones de carácter general pueden derogarse por la práctica en contrario, siempre que no se impugne en tiempo y forma el acto inicial en que se concreta esa práctica contraria.

f) Las leyes y demás disposiciones de carácter general pueden ser derogadas por otras de inferior jerarquía, si éstas no se recurren en tiempo y forma o si el recurso contra ellas interpuesto es declarado inadmisibile.

g) La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no

impedirán la impugnación del primer acto de aplicación de las mismas, pero sí la de los posteriores si no se hubiere recurrido el primero.

h) Los jueces, magistrados y tribunales podrán aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales y las disposiciones de cualquier clase que sean, aunque estén en desacuerdo con las leyes, si los destinatarios de los mismos los han consentido expresa o tácitamente.

III

EL ACCESO AL RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS EN LA SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1971

1. La sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1971 resuelve los recursos interpuestos por el Sindicato Nacional de Agua, Gas y Electricidad, el Sindicato Provincial de Madrid de Agua, Gas y Electricidad, la Cámara Oficial de Comercio de la provincia de Madrid, el Sindicato Nacional de la Piel, el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, la Cámara Oficial de la Industria de la provincia de Madrid y la Cooperativa Nacional de Transportes de Mercancías en Automóvil contra el Decreto de 17 de septiembre de 1964, que aprobó el reglamento de Hacienda Municipal de Madrid.

Reprochaban los recurrentes a dicho reglamento, entre otras cosas, la invasión de materias reservadas a la ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º del Fuero de los Españoles y en el artículo 10 de la ley general Tributaria, que definen la reserva fiscal encomendando a la ley la fijación "de todos los elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria", así como la previsión de subdelegaciones, que venían a remitir en último término a las ordenanzas municipales la concreción de la cuantía de la deuda tributaria.

Para mayor simplicidad expositiva basta dar aquí un ejemplo del argumento: el artículo 103 del texto articulado de la ley especial de Madrid (12) estableció el llamado arbitrio de radicación, llamado a gravar a las empresas industriales y comerciales por razón de tener en el término municipal su sede, sucursales, agencias, despachos, representaciones, fábricas, depósitos, almacenes, tiendas, salas de exposición o cualesquiera otros locales que de hecho se utilicen o estén en funcionamiento. El cita-

(12) Un análisis crítico del texto articulado de la ley especial de Madrid, desde la perspectiva de las bases de la delegación legislativa de la que trae causa, en la obra citada de GARCÍA DE ENTERRÍA, págs. 136 y ss.

do precepto fijaba el tipo de gravamen en su apartado 3 diciendo simplemente que “no podrá exceder de veinticinco pesetas por metro cuadrado en calles de última categoría y aumentará en un 50 por 100 más por cada aumento de categoría de la calle o plaza en que esté radicada la industria o comercio”. El precepto legal fijaba, pues, el límite mínimo (veinticinco pesetas por metro cuadrado), pero no el límite máximo. El tipo quedaba así indefinido en su cuantía, ya que tampoco se fijaba un número concreto de categorías de calles, cada una de las cuales suponía un aumento del 50 por 100. Este último extremo, “directamente determinante de la cuantía de la deuda tributaria” y, por lo tanto, reservado a la ley, fue precisado por el artículo 88,3 de reglamento impugnado, que señaló el máximo de doce categorías.

La superficie de los locales (base del arbitrio) tampoco se precisaba en la ley y, ni siquiera, en el reglamento impugnado, quedando remitida su concreción a la ordenanza municipal del arbitrio, en la que, de este modo, y en virtud de una delegación de segundo o tercer grado, se venía a confiar la determinación concreta de la deuda tributaria.

Así resultaba también de la remisión que el artículo 90 del reglamento recurrido, repitiendo el contenido del artículo 103,7 del texto articulado de la Ley Especial hacía a la propia ordenanza del arbitrio en orden al establecimiento de reducciones, elemento éste igualmente integrante de la reserva legal en los términos del artículo 10, b) de la Ley General Tributaria.

2. La sentencia de 15 de febrero de 1971 no llega a entrar en el fondo del asunto objeto del litigio, muy importante como puede verse, declarando inadmisibles los recursos interpuestos por las siete corporaciones profesionales antes citadas, ninguna de las cuales acertó a interponer debidamente su recurso, a pesar de las muchas veces que han hecho uso de la técnica del recurso directo y de estar dirigidas técnicamente por dos prestigiosos catedráticos de Derecho administrativo.

Los recursos de los Sindicatos Nacionales (de la Piel y de Agua, Gas y Electricidad) son declarados inadmisibles por no haber aportado en tiempo y forma el acuerdo correspondiente de la Junta Sindical Central, defecto no subsanable en el trámite de citación para la vista, según la sentencia, por la aportación de una certificación acreditativa de los acuerdos anteriormente adoptados por las Secciones Económica y Social del Sindicato en orden a la interposición del recurso.

El recurso del Sindicato Provincial antes citado incide, según la sentencia, en igual causa de inadmisibilidad y, además, una segunda “que

resulta de la imposibilidad para dicho órgano provincial de poder ostentar representación o defensa de intereses en relación con impugnación de disposición de carácter general". La conocida limitación inherente a la correlación de ámbitos territoriales entre la corporación recurrente y el reglamento recurrido, correlación que aquí se daba incluso en exceso (Sindicato *Provincial* de Madrid-Reglamento de Hacienda *Municipal* de Madrid), se convierte, pues, en una prohibición absoluta de impugnación de reglamentos por las corporaciones provinciales, lo que constituye una novedad y supone un paso más —y muy grave— en la línea de restricciones y limitaciones que se ha ido perfilando a lo largo de los tres lustros de aplicación de la Ley Jurisdiccional.

A los recursos interpuestos por las Cámaras de Comercio y de Industria de Madrid se les reprocha igualmente la falta de acuerdo corporativo en orden a la impugnación, aun reconociendo respecto de la Cámara de Comercio que el artículo 22 de su Reglamento de Régimen Interior, aprobado por Real Orden de 31 de mayo de 1930, faculta a su presidente para ejercitar los derechos y acciones que correspondan a la Cámara.

El recurso del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España es declarado inadmisibile igualmente, ya que, aun habiendo aportado, junto con la escritura de poder, certificación acreditativa del acuerdo adoptado por el pleno del Consejo en orden a la interposición del recurso, no se justificó por el Consejo haber sido requerido por ninguna de las Cámaras agrupadas en el mismo.

Finalmente, y en lo que se refiere a la Cooperativa Nacional de Transportes de Mercancías en Automóvil, la sentencia de 15 de febrero de 1971 funda la inadmisibilidad de su recurso en la falta de interés directo de la misma, interés que sólo podrían alegarlo sus asociados, así como en la inaplicabilidad al caso del artículo 39,3 de la Ley de la Jurisdicción y en la falta de un acuerdo concreto referido a la impugnación del reglamento objeto del recurso.

IV

¿DESAPARECE EL RECURSO CONTRA REGLAMENTOS?

Tampoco parece necesario aquí entrar en un análisis crítico de la doctrina contenida en la sentencia de 15 de febrero de 1971, análisis muy conocido y difundido ya (13), como lo es el de la doctrina establecida en

(13) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, pág. 26, en nota, y sus referencias. Sobre el tema concreto de los sindicatos, mi trabajo allí citado *Los Sindicatos y el recurso contencioso*, en el núm. 55 de esta REVISTA. Sobre las dificultades inherentes a la impugna-

la sentencia de 27 de marzo pasado a la que se ha hecho referencia más atrás.

A estas alturas de poco o nada sirve volver a reproducir un juego de argumentos interpretativos cuya línea de desenvolvimiento parece haberse configurado en una dirección paralela a la de los razonamientos descritos.

No puede silenciarse, sin embargo, una última reflexión en torno a la pregunta del epígrafe: ¿Desaparece el recurso contra reglamentos? Plantear esta pregunta no creo que sea ni apresurado ni inoportuno.

En lo que al recurso directo se refiere, la sentencia de 15 de febrero de 1971 pone de manifiesto con el fracaso masivo de siete entidades representativas de intereses profesionales —absolutamente al margen de todo juicio de valor de su doctrina— que el acceso al mismo o está totalmente cegado o es tan difícilmente practicable que no puede utilizarse normalmente. La séptuple inadmisibilidad del recurso, en la que se ven envueltas tres Corporaciones profesionales de máxima representación (dos Sindicatos Nacionales y el Consejo Superior de Cámaras) lleva el problema al límite mismo de la crisis del sistema (14). Algo falla evidentemente

ción de reglamentos por las corporaciones, viene a añadirse una doctrina jurisprudencial que las veda el impugnar actos administrativos, a pesar de lo dispuesto al efecto en el artículo 32 de la ley Jurisdiccional. Así, por ejemplo, la reciente sentencia de 28 de abril de 1971 declara inadmisibile un recurso interpuesto por el Sindicato Nacional del Seguro contra resoluciones del Ministerio de Hacienda que acordaron la inscripción de la Mutua- lidad de Seguros del Instituto Nacional de Industria en el Registro Especial de Entidades Aseguradoras. El razonamiento de esta sentencia es como sigue:

“CONSIDERANDO que respecto a la posible legitimación de las entidades corporativas para la impugnación de actos administrativos concretos a tenor del artículo 32 de la ley Jurisdiccional, no cabe reconocerles dicha legitimación cuando no lesionen directamente sus propios intereses, pues si los intereses lesionados directamente son los de las personas físicas o jurídicas representadas por tales entidades corporativas, son sólo las personas lesionadas las que aparecen legiti- madas conforme al artículo 28.1 letra a), de la citada ley para pedir la anulación de tales actos ante esta jurisdicción, criterio sustentado por esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 18 de octubre de 1965 y 29 de abril de 1966.”

(14) Ni siquiera los Colegios Profesionales, hasta ahora los menos afectados por la restrictiva doctrina jurisprudencial de la legitimación corporativa, se salvan de esta situa- ción límite. Hay muchas organizaciones profesionales que carecen de una cabeza nacional que agrupe a todos los Colegios periféricos. Una de ellas es la de Habilitados de Clases Pasivas. En estos casos las dificultades son casi insuperables, según ha venido a poner de manifiesto la sentencia de 25 de marzo de 1971, que declara inadmisibile un recurso interpuesto por el Colegio de Habilitados de Clases Pasivas de Madrid, en su calidad de Colegio Central, a nombre de los Colegios de Habilitados de España, contra la orden del Ministerio de Hacienda de 17 de junio de 1969, por la que se regula el pago de haberes pasivos a través de Bancos y Cajas de Ahorro. Dice así la citada sentencia:

“CONSIDERANDO que, aunque no puede negarse que el Colegio de Habilita- dos de Clases Pasivas de Madrid tiene, en efecto, consideración de Colegio Central al efecto de mantener la debida coordinación entre todos los Colegios, ello

te cuando se llega a estos extremos: o falla la Ley por ser demasiado estrecha, o fallan las Corporaciones a quienes el legislador ha confiado la representación y defensa de los intereses profesionales o económicos, o falla la interpretación jurisprudencial o fallan las tres cosas a la vez. Sea lo que sea, lo que no es conforme a la lógica es que pueda fallar con tanta frecuencia y tan masivamente una técnica de garantía de uno de los principios constitucionales, “básico en la organización del Estado y solemnemente proclamado en el Fuero de los Españoles”, como es el de la jerarquía de las fuentes, en palabras del propio legislador.

tampoco debe entenderse en el sentido de que también le corresponda la representación y defensa de los intereses profesionales de dichos habilitados a escala nacional, como claramente se deduce tanto de los artículos 1.º y 2.º del Estatuto de los Colegios de 18 de junio de 1943, que atribuyen a cada uno de ellos—con carácter regional—la defensa de los derechos profesionales de la clase, como del artículo 24 del propio texto, que asigna a los presidentes de sus juntas directivas la facultad de ostentar la representación de los mismos, sin excepción alguna, es decir, sin ir más allá, ni aun en relación con el Colegio de Madrid.”

“CONSIDERANDO que en cuanto a la Junta de 28 de junio de 1969 no sólo no se acredita en *litis* la correspondiente asistencia de los Colegios regionales, no sólo no se demuestra siquiera la de sus respectivos presidentes, y menos como portadores de los debidos acuerdos impugnatorios, sino que ni siquiera se fija con qué calidad y representatividad concurren los asistentes, ni por qué falta totalmente la representación del Colegio regional de La Coruña; ni por qué figura sólo un asistente, de ignorada significación por cierto, en cuanto a los Colegios regionales de Bilbao y Zaragoza, todo lo cual lleva necesariamente a la convicción de que el otorgamiento de facultades impugnatorias al Colegio Central por los allí reunidos cae francamente fuera de sus posibilidades en Derecho, como desplazadas, en suma, del condicionamiento estatutario a que antes se hace relación; por lo que dicho Colegio—que por medio de su presidente es el único que otorga poder a procurador para el ejercicio de esta acción—ni ostenta representación en *litis* más allá del ámbito territorial de su demarcación, en lo que respecta a los intereses corporativos, ni, como a continuación se verá, al completar el cuadro de esta problemática, se halla activamente legitimado para impugnar la disposición que se combate, de validez indudable en todo el territorio nacional.”

Aunque no sé si interpretaré correctamente la sentencia, parece desprenderse de ella que el único modo admisible de actuar en los casos en que falta una organización colegial nacional es el siguiente: acuerdos corporativos individuales de todos y cada uno de los colegios periféricos en orden a la impugnación de una concreta norma y a conferir los apoderamientos necesarios al efecto, por un lado, a quien haya de representar a cada colegio en la reunión nacional de todos ellos, y, por otro, al colegio que ostente la condición de Central, para que, en nombre de todos los demás, interponga, si así llega a acordarse en la reunión nacional, el correspondiente recurso; convocatoria de una reunión o junta nacional de los representantes de todos y cada uno de los colegios periféricos, junta cuya validez requiere la presencia de todos esos representantes; acuerdo de esta junta o reunión nacional en orden a la interposición de recurso y apoderamiento al presidente del Colegio Central para que designe procuradores. Es posible que las normas estatutarias no prevean el supuesto; es posible, también, que sea necesario el voto unánime de todos los representantes de cada colegio periférico (ya que la sentencia reprocha la ausencia del Colegio de La Coruña). Está claro, en todo caso, que todo esto hay que hacerlo—e interponer el recurso—en el plazo de los sesenta días posteriores a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la norma que se pretenda impugnar, sin descontar, por supuesto, los días inhábiles.

Algo hay que hacer, y urgentemente, antes de que la pregunta formulada se convierta de pregunta en afirmación, y me temo que no falta mucho para que este momento llegue, puesto que el recurso indirecto contra reglamentos, sucedáneo tradicional del recurso directo hasta la implantación de este último por la Ley Jurisdiccional vigente, parece haber quedado reducido en su viabilidad al primer acto de aplicación del reglamento cuestionado, debilísimo eslabón con el cual la jerarquía de las fuentes y los límites constitucionales y legales del ejercicio de la potestad reglamentaria quedan exclusivamente confiados a la diligencia o negligencia y a la pericia o impericia del primer ciudadano al que un reglamento pueda ser aplicado.

Esta es la situación actual y no cabe duda de que es muy grave. Visto desde aquí resulta enormemente sorprendente que haya podido llegarse a ella. ¿Qué tienen los reglamentos que la ley no tenga? Porque es evidente que de todo ello se desprende un trato más favorable para las disposiciones normativas de la Administración que el que se da a las normas que emanan del “órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado”, ya que cuando se acepta, directa o indirectamente, la pervivencia y la aplicación permanente de un reglamento que infringe la ley se está desaplicando ésta permanentemente y se está relegando al último lugar la que se afirma como máxima expresión del poder normativo del Estado, invirtiendo así el esquema esencial de valores del estado de derecho (15).

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Profesor adjunto de Derecho administrativo

(15) Como en tantos otros temas, éste del control de las normas reglamentarias revela la abismal distancia existente en la realidad entre nuestro Derecho administrativo y el francés, que ha sido, al menos formalmente, el modelo tradicional. Es ilustrativa en extremo, en cuanto a este punto, la consulta de los reglamentos anulados cada año por el Conseil d'Etat. Así, por ejemplo, en el año judicial 1967-1968 fueron anuladas, total o parcialmente, *cuarenta y cinco* disposiciones reglamentarias de distinto rango, entre ellas algunas tan importantes como el Code general des impôts y el Code de pensions civiles et militaires de retraite (anulación parcial). En el año judicial 1968-1969 se anularon *treinta y seis* disposiciones reglamentarias, entre ellas el Code de l'Administration communale y el decreto de 11 de octubre de 1966 sobre organización y funcionamiento de las jurisdicciones competentes en materia de expropiación por causa de utilidad pública (anulación parcial). Cfr. *Etudes et documents 1968* y *Etudes et documents 1969*, Conseil d'Etat, fascículos núms. 21 (1969) y 22 (1970), págs. 153 a 155 y 259 a 261, respectivamente. Del cómputo numérico de disposiciones anuladas se han excluido, naturalmente, los acuerdos que no tienen naturaleza normativa; declaraciones de utilidad pública, fusiones de municipios, etc., incluidas en las listas contenidas en las páginas citadas.

Una publicidad —y una publicación— semejante falta en nuestro país, entre otras cosas porque no resultaría fácil llenar páginas con ella.