

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

PRIMER ACTO DE APLICACION Y OTROS OBSTACULOS PROCESALES REHABILITADOS

(Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980)

SUMARIO: I. Retrospectiva a la década anterior: las situaciones se repiten.—II. La doctrina del primer acto aplicativo del Reglamento como impedimento a la Justicia y su reactualización jurisprudencial.—III. La declaración de nulidad de oficio por la Administración y el carácter revisor de la jurisdicción.—IV. Conclusiones a lamentar.

I. RETROSPECTIVA A LA DÉCADA ANTERIOR: LAS SITUACIONES SE REPITEN

Hace diez años que el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ se preguntaba públicamente si había desaparecido el recurso contra Reglamentos, considerando que la pregunta no podía tacharse de apresurada o inoportuna a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que venía a ser exponente una muestra de fallos analizados en el comentario que nos sirve para iniciar el presente (1).

En el interrogante de Tomás Ramón FERNÁNDEZ se traslucían temor y pesimismo altamente preocupantes. Era en verdad grave que en 1971 (a quince años de la Ley Jurisdiccional) una sentencia del Tribunal Supremo llegase a sostener que un recurso indirecto contra Reglamentos quedaba habilitado sólo en el caso de dirigirse contra el primer acto de aplicación del Reglamento cuestionado, con lo que se dotaba a estas normas secundarias de privilegios negados a las Leyes formales: la aplicación por una sola vez consentida de un Decreto contrario a Ley afirmaba la validez del mismo y suponía evidentemente la inaplicación de ésta.

Pues bien, diez años más tarde (a veinticinco ya de la Ley Jurisdiccional), con el progreso científico y legal operado en este período, con la sustitución incluso del régimen político del Estado, con la promulgación de una Constitución enteramente nueva y de nueva concepción que incorpora a sus principios—y a sus preceptos materiales—los mayores avances en orden a la garantía de la justicia material por encima de todo, después de diez años en que ha sucedido todo esto, otra vez debe salir a relucir un comentario pesimista y preocupante ante una reiteración fotostática de aquella criticable

(1) Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *¿Desaparece el recurso contra reglamentos?*, núm. 85 de esta REVISTA, mayo-agosto 1971, pp. 143-158.

doctrina jurisprudencial que censuró desde planteamientos meramente científicos el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ.

Por inesperado que pudiera parecer, una reciente sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1980, dice literalmente lo siguiente:

«... lo que da lugar a la inadmisibilidad del recurso, pues *la permisión de impugnar el acto de aplicación de una disposición de carácter general se refiere al primer acto que tenga tal carácter...*»

En la década de 1980, en plena vigencia de la Constitución de 1978, duele ver un retorno a la mala doctrina de hace años, que suponíamos definitivamente superada y por cuya abrogación ha sido prácticamente unánime el clamor de la ciencia jurídico-administrativa, al parecer con escaso éxito.

II. LA DOCTRINA DEL PRIMER ACTO APLICATIVO DEL REGLAMENTO COMO IMPEDIMENTO A LA JUSTICIA Y SU REACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL

La solución de considerar admisible el recurso contencioso-administrativo indirecto contra un Reglamento sólo en caso de interponerse con ocasión de la aplicación del mismo *por primera vez* nos parece injustificable legal y doctrinalmente. Son ya muchos los argumentos manejados (en muchas ocasiones y por muchos autores bien caracterizados) en defensa precisamente de lo contrario. Bastará un mero resumen de los fundamentos últimos en que se apoya la corrección de esta postura (2).

La ilegalidad de un Reglamento comporta siempre la nulidad de pleno derecho. Nulidad que, como es bien sabido, no está sometida a plazo, no exige petición previa de nadie, debe declararse en cualquier momento, incluso de oficio por la Administración o los Tribunales, y sobre la que el consentimiento del afectado es intrascendente, sin que tampoco el paso del tiempo influya para nada en los Reglamentos ilegales, nulos siempre desde que se promulgan hasta que se derogan. La ilegalidad de un Reglamento trasciende el interés particular y afecta al común («orden público», según expresión jurisprudencial) porque pone en entredicho la misma virtualidad de los poderes del Estado y, en definitiva, ataca frontalmente la rectitud del ordenamiento jurídico, la certeza del Derecho y la suprema legalidad formal que representa la Constitución, así como el principio de seguridad jurídica garantizado por su artículo 9.3.

Es por todo ello por lo que la ilegalidad de los Reglamentos jamás

(2) Para un tratamiento más detenido, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1980, Edit. Civitas, página 193 y ss.

admite la nulidad simple o mera anulabilidad. Tanto el Código Civil (art. 1.º, 2) como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (arts. 28 y 28) y la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 47,2) determinan la más grave sanción, la total y absoluta nulidad de pleno derecho, para los Reglamentos ilegales.

Sin embargo y pese a esta severidad del legislador que gravita sobre el Reglamento ilegal, debemos lamentar que aún no se hayan superado todos los reductos de una cierta jurisprudencia que se resiste a admitir y aplicar todas las consecuencias de esta solución en los aspectos formales del acceso a la justicia que por su misma esencia y razón de ser jamás deberán impedir la declaración judicial de nulidad de un Reglamento.

El recurso que está en la base de la sentencia criticada en este comentario se interponía por recurrentes individuales contra unas medidas de aplicación del Decreto 3065/1973, de 23 de noviembre («Boletín Oficial del Estado» de 8 de diciembre), asignador de coeficientes multiplicadores a funcionarios de Organismos Autónomos, y más concretamente a la Escala de Inspectores del FORPPA. Se impugnaban de forma inmediata y directa las nóminas de los recurrentes (miembros de esta Escala ingresados en ella después de la promulgación del Decreto) como actos aplicativos del Reglamento, que, a su vez, era objeto de impugnación directa por no ajustarse a derecho. Se estaba, por tanto, en el prototípico caso del recurso autorizado por los números 2 y 4 del artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para el que basta la legitimación individual, según el artículo 28 en relación con el 39, ambos de la propia Ley.

La postura silenciosa de la Administración en vía administrativa, la defensa del abogado del Estado que la representó en vía contencioso-administrativa, basada en la caducidad del plazo, y la solución final de la Sala acogiendo como causa de inadmisibilidad del recurso la existencia de previos actos de aplicación consentidos no pueden entenderse sino como una dolorosa sorpresa. La rehabilitación de este obstáculo procesal representa una regresión lamentable de consecuencias negativas en el lento y tembloroso progreso del Derecho administrativo, al facilitar la elusión del control del fondo de los recursos, misión para la que se instituye la jurisdicción contencioso-administrativa, la ley reguladora de la misma y los órganos judiciales. El plazo de un mes para recurrir en reposición un Decreto general no cuenta para nada si el recurso que frente a él se utiliza no es el directo. Lo impugnado en un recurso indirecto son medidas de ejecución y aplicativos del Reglamento, basándose en la ilegalidad de los preceptos de éste (art. 28 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el 39). Por tanto, es evidente que para la interposición del recurso indirecto carece de toda relevancia y significado el plazo de un mes desde la publicación del Reglamento; la publicación o notificación de la medida aplicativa a impugnar es la que marca el origen del plazo de un recurso

indirecto, siendo indiferente que se haya o no hecho uso del previo recurso directo contra el Reglamento aplicado; el artículo 39,4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa claramente advierte que *no es obstáculo para la impugnación de un Reglamento por vía indirecta la ausencia de previa impugnación por vía directa*, única para la que la fecha de publicación del Reglamento es determinante del día *a quo* en la cuenta del plazo de interposición del recurso de reposición previo (un mes) o del contencioso-administrativo (dos meses) cuando se pueda acudir a éste inmediatamente sin interponer el otro y sin pararnos en más consideraciones —por su irrelevancia en este caso— sobre la condición potestativa o preceptiva de la reposición en los diversos supuestos de impugnación de Reglamentos (3).

La tesis de que el acto a impugnar tiene que ser el primero en aplicación del Reglamento constituye una creación artificial absolutamente al margen de la Ley Jurisdiccional, que en ningún momento lo dice ni permite pensar que ello deba ser así. En otro caso, estaríamos en el borde mismo del absurdo (si esta tesis se refiriera al primer acto de aplicación sobre cualquier administrado) y dentro de la indefensión y de la denegación de justicia (si se defendiera que era el primer acto de aplicación sobre el administrado recurrente). La hipótesis primera, que debe descartarse por descabellada, no autoriza de ninguna forma a defender la segunda (que parece ser por la que se inclina la sentencia que se critica), puesto que si bien con ella no se llegaría al absurdo lógico pura y simplemente, sí se llegaría al absurdo jurídico, que para nuestros fines es igual.

El administrado que recurre por vía indirecta un Reglamento ilegal, *siempre nulo de pleno derecho*, y que no lo hace con ocasión del acto inicial o primero de aplicación cuando ésta es susceptible de operarse sucesiva o periódicamente, lo único que ha hecho ha sido no utilizar su derecho de recurso en aquella o aquellas medidas anteriores de ejecución. Si se quiere, podríamos admitir que ha consentido unas medidas de aplicación y hasta habrá podido dejar prescribir derechos económicos o de cualquier otro tipo. Pero lo que no ha hecho de ninguna forma ha sido consentir el Reglamento, y menos en absoluto ha podido convalidar la ilegalidad de éste, entre otras cosas, porque esa convalidación está fuera de su órbita de facultades jurídicas (no así en cuanto a los actos administrativos irregulares que le afecten, en donde pueden darse estos supuestos). Lo contrario significaría atribuir al administrado potestades soberanas que en parte alguna encuentran su origen (sólo las Leyes pueden amparar a los Reglamentos, convalidarlos o asumirlos) y significaría

(3) Sobre ello puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, núm. 29 de esta REVISTA; y también en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1981, 2.^a edición.

también hacer prevalecer el Reglamento sobre la Ley que infringe por el simple acto de voluntad de un corriente ciudadano.

Este elemental razonamiento jurídico (que es, a su vez, un palmario silogismo lógico) conduce a una evidencia que no parece querer reconocerse definitivamente y de una vez por todas por la jurisprudencia, cuando hoy, como hace diez años, como siempre, nos sigue ofreciendo sentencias que conducen la solución simplista y cómoda del problema a la inadmisibilidad del recurso indirecto por no haberse interpuesto con ocasión del primer acto de aplicación de la norma nula. De esta forma la jurisprudencia ha venido una vez más a negar el enjuiciamiento de la ilegalidad, de la nulidad de un Reglamento que ya para siempre tendrá apariencia de validez y eficacia, aunque esté en contra de la Ley. Ni siquiera se ha dado la oportunidad de entrar a estudiar y conocer si esto podía ser así, con lo que nada de asombroso habría en decir que con esta sentencia se viene a confirmar solemnemente la ilegalidad de un Decreto (4).

III. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE OFICIO POR LA ADMINISTRACIÓN Y EL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN

Lo que se acaba de decir resultaría aún menos asombroso como efecto final y práctico (aunque el fondo del litigio se haya quedado en realidad sin enjuiciar) si advertimos que también la Sala 5.^a ha resuelto en esta ocasión, confirmando la peor doctrina jurisprudencial sobre el caso, respaldar formalmente la negativa presunta de la Administración para cumplir su obligación legal de iniciar una acción de nulidad de oficio, habiéndose ejercitado, como se ejercitó, esta pretensión por los recurrentes en la vía administrativa previa:

(4) Lo que es aún más grave si se advierte que la nulidad del Reglamento de autos consistía en atribuir con desigualdad jurídica discriminatoria el coeficiente multiplicador 4 a una escala de funcionarios públicos de un Organismo autónomo con titulación superior, que se ve apartada así de la más actualizada y frecuente doctrina jurisprudencial sobre coeficientes multiplicadores que ha aceptado ya, puede decirse que definitivamente, la atribución del coeficiente 5 a la generalidad de los Cuerpos o Escalas especiales de Titulados Superiores de la Administración Local e Institucional. En este sentido las sentencias de la propia Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1975 (para los químicos y físico-químicos de las Corporaciones Locales), 24 de mayo de 1975 (en el caso de un químico del Ayuntamiento de Madrid), 23 de abril de 1976 (relativa a los químicos del IRYDA), 27 de octubre de 1977 (sobre doctores y licenciados en Farmacia al servicio de los entes locales), 1 de marzo de 1978 (para los economistas del FORPPA), 24 de octubre de 1979 (favorable a los veterinarios de Ayuntamientos), etc. También en la misma línea se encuentran otras muchas sentencias de las Audiencias Territoriales, pudiendo citarse como ejemplo la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 1 de diciembre de 1977 (médicos de Beneficencia) y las de igual Sala de Valencia de 19 de noviembre de 1974 (letrados asesores del Ayuntamiento), 10 de noviembre de 1975 (médicos de Beneficencia, Sanidad e Higiene Social) y 21 de marzo de 1977 (veterinarios). Lo que está en línea, por lo demás, con la moderna técnica legislativa de catalogar las retribuciones básicas sobre índices o proporcionalidades emparejadas con los grados de titulación exigidos para el ingreso y con la propia actuación de la Administración, que ha elevado a 5 el coeficiente de su más caracterizado Cuerpo General, el de Técnicos de Administración Civil (acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 1979).

La disculpa en este caso no ha sido otra que la invocación, una vez más, del ya supertópico y polivalente carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (5). De este modo, unas veces porque caducan los plazos y otras porque sólo se pueden ejercer facultades revisoras, los pleitos se declaran inadmisibles, dejándose virgen su fondo y, en definitiva, respaldándose por estos procedimientos indirectos la ilegalidad de los Reglamentos, con lo que se ve fortalecida inexplicablemente la actuación de la Administración, que así se puede sentir cada vez más crecida para desafiar a las leyes formales, sabiendo que la recurribilidad de su conducta contará con todos los obstáculos adjetivos que la legislación procesal contiene, más los que encuentran su origen en las interpretaciones de la jurisprudencia restrictiva del acceso a la justicia material; acceso a la justicia material ya de por sí tan complicado en nuestro Derecho por estas y otras razones externas que constituyen un lugar común (ignorancia del administrado, costo de los procesos, abusiva conducta dilatoria de los órganos administrativos y sus representantes, ineficacia de una justicia tardía, inoperancia de la coacción sobre la Administración en fase de ejecución, etc.).

Lamentable resulta tener que poner freno al más reciente optimismo que se dejaba vislumbrar en estos momentos sobre la superación del tópico principio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa (6). Para demostrar que la carrera no es lisa, que es de vallas, ahí queda como triste muestra esta sentencia (en su segundo aspecto negativo, pues del otro ya se habló antes). Parece como si se tratara de avisar oportunamente a la doctrina científica que su optimismo puede resultar excesivo y demasiado prematuro echar campanas al vuelo. No podemos pensar, sin embargo, que se inicien épocas de retroceso, ciclos de marcha atrás o prudencias jurisprudenciales ante aperturas doctrinales o progresos de una jurisdicción que sólo puede justificarse enjuiciando a la Administración pública, su conducta y sus potestades bajo la exclusiva sumisión —artículo 117,1 de la Constitución— al «imperio de la Ley» (y no al imperio del Reglamento, simple dependiente de aquélla).

Por lo demás, la utilización del instrumento del carácter revisor en este caso carece incluso de toda fortuna formal. En el recurso previo de reposición (que se interpuso ante el Consejo de Ministros, aunque la nómina no fuera acordada por él, haciendo uso del artículo 113,2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, precepto no

(5) Una generosa muestra no agotadora de supuestos de utilización de esta técnica de los mil usos obstaculizadores por la Jurisprudencia contencioso-administrativa, así como su crítica y su desvirtuación, puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, citado, volumen II, 1981, pp. 499-503; y también en el trabajo de MUÑOZ MACHADO que se cita en nota siguiente.

(6) En este sentido la recapitulación, análisis, exégesis y esperanza que se contienen en el trabajo del profesor MUÑOZ MACHADO, *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, «REDA», núm. 28, pp. 496-512.

muy utilizado que así lo permite) se pidió explícitamente en el suplico que se tramitara por la Administración el expediente de nulidad de pleno derecho contra el Decreto en el caso hipotético de que se negase viabilidad procesal a la acción de recurso por cualquier motivo. Al fin y al cabo la tramitación «de oficio» de tal expediente de nulidad no es sino una obligación de la Administración por exigencia primaria de la Ley (tanto de la Ley de Procedimiento Administrativo que lo regula como de las leyes infringidas por el Reglamento ilegal), a la que queda plenamente sometida por el artículo 103,1 de la Constitución (7).

La Administración con su silencio (inactividad formal) denegó esta pretensión, pretensión subsidiaria que no consistía en que se declarase nulo el Decreto (petición principal), sino en que se iniciase un expediente de oficio para aclarar si así sucedía (y naturalmente concluir en la anulación si concurrían los supuestos). La Administración denegó esta petición, luego la Administración ya se había pronunciado (por la vía formal de la presunción) y la Sala no debía inhibirse alegando supuestas excusas revisoras, sino que debía haber dicho sí o no a la pretensión de condena sobre el inicio del expediente. La doctrina revisora—la mala y abusiva doctrina revisora—podía eventualmente haber tenido aplicación si esta petición subsidiaria de la demanda hubiera consistido en que se declarase la nulidad sin antes haberlo pedido a la Administración. Pero lo que se pidió a la Administración (que ésta denegó por la vía presunta) y lo que se pidió a la Sala fue lo mismo: la declaración de la obligación de iniciar el expediente de nulidad de oficio. Era la tramitación del expediente y no su resultado el objeto del pronunciamiento. La congruencia entre las dos vías, administrativa y contencioso-administrativa, era manifiesta y total, como se deduce de la lectura de los propios términos de la sentencia.

El razonamiento jurisprudencial para desestimar también esta pretensión subsidiaria (denegada antes presuntamente por la Administración) ha sido:

«...; y subsidiariamente, de no accederse a la admisibilidad formal de este recurso, que se acuerde *declarar la obligación de la Administración de tramitar expediente de declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto recurrido; pretensión esta última que olvida el carácter eminentemente revisor de nuestra jurisdicción, que impide dar normas a la Administración sobre lo que es materia de su competencia.*»

(7) En el sentido de considerar la tramitación del expediente de nulidad como un deber de la Administración pueden citarse, entre otras, las sentencias de 14 y 19 de mayo y 15 de noviembre de 1965, 22 de abril y 13 de mayo de 1967 y 9 de noviembre de 1974. Esta última reconoce abiertamente «... una acción de nulidad para excitar la actividad de la Administración como remedio procesal idóneo para poner en marcha el dispositivo revisorio, provocando la incoación del oportuno expediente...».

IV. CONCLUSIONES A LAMENTAR

Total, que unas veces porque los Tribunales no están para dar normas a la Administración y otras porque hay que andar presto en las armas para hacerlas valer en cuanto una norma nula comienza su andadura, lo cierto es que por todos los flancos sale fortalecida la función ejecutiva, minusvalorando y arrinconando la legislativa, que se ve así desafiada y vencida a pesar de la preeminencia y soberanía que la Constitución le atribuye. Estas parecen ser, en definitiva, las consecuencias que puedan extraerse de la sentencia comentada, consecuencias a todas luces inaceptables y que exigen por ello mismo una definitiva rectificación. Sólo con el fin de contribuir a este objetivo se formula esta crítica (desde un plano estrictamente doctrinal, obviamente), pretendiendo llamar la atención en un tema grave y no por manido resuelto, ni en simples vías de solución hoy por hoy. Los bandazos y las alternativas se suceden demasiado a menudo, sin que ni los elogios tan frecuentes a los fallos acertados, ni las censuras repetidas a los que se olvidan de confirmarlos, permitan en nuestros días contemplar un horizonte claro para el destierro de una vez por todas de los obstáculos formales en el camino hacia la justicia material.

Eduardo COCA VITA