

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

EL TIEMPO COMO FACTOR DISTORSIONANTE DE LOS EFECTOS DE LA ANULACION JUDICIAL DE LOS REGLAMENTOS

(En torno a las consecuencias de la anulación judicial
del Decreto de 20 de diciembre de 1974)

SUMARIO: I. *Planteamiento.*—II. *El marco: la regulación de la disciplina de mercado:* 1. Descripción del régimen normativo de la disciplina de mercado. 2. Análisis del contexto en el que se produce la anulación. 3. Los efectos teóricos de una anulación del reglamento.—III. *Los efectos de la anulación del Decreto de disciplina de mercado por la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 18 de marzo de 1981:* 1. El contenido del fallo. 2. La prospección de los efectos. 3. Otras consideraciones para considerar vigente el Decreto de 1966.—IV. *La confirmación de las sanciones y la sustitución del Decreto de 1974 por el de 1966.*—V. *La anulación sistemática de las sanciones y algunas construcciones sobre la imposibilidad de sustituir la cobertura sancionadora:* 1. Introducción. 2. Nulidad automática de los actos dictados en ejecución del Decreto de 20 de diciembre de 1974 por interpretación a contrario del artículo 120.1 LPA. 3. Nulidad de actuaciones por extensión de la eficacia general de la sentencia anuladora del Decreto de 20 de diciembre de 1974. 4. Nulidad del acto aplicativo no firme por la eficacia *ex tunc* de la anulación del Decreto. 5. Nulidad del acto aplicativo por adherencia de éste a la norma que le tipifica. 6. Nulidad atenuada de los actos no firmes e imposibilidad de sustituir la cobertura, por normas anteriores, que fueron derogadas, o por posteriores, debido al principio de irretroactividad que rige en materia sancionadora. 7. El límite de los actos firmes a que se refiere el artículo 120.1 LPA se refiere a aquellos que lo fueran de forma absoluta y no a los que simplemente lo fueran en vía gubernativa.—VI. *La reviviscencia del Decreto de disciplina de mercado de 17 de noviembre de 1966:* 1. Planteamiento: la inseguridad jurídica de la falta de Ordenamiento aplicable. 2. Reviviscencia del Decreto de 1966: intercambiabilidad de la cobertura de las sanciones. 3. La lucha por la impugnación del Decreto de 17 de noviembre de 1966.—VII. *El Decreto 1945/1983, de 22 de junio.*—VIII. *Otros datos importantes.*—IX. *Conclusiones:* 1. Reflexiones de carácter general. 2. Consideraciones en relación con el tiempo.

I. PLANTEAMIENTO

En otra ocasión nos hemos referido a la necesidad de estudiar la eficacia jurídica de la anulación de los reglamentos en relación con los actos de aplicación a la vista de diversas soluciones extraídas de las decisiones jurisprudenciales (1). También indicábamos la necesidad de recurrir a criterios interpretativos diferentes a los derivados pura y simplemente de la teoría general de la nulidad. En el presente trabajo vamos a continuar nuestra aproximación al tema del estudio de los efectos de la anulación de los reglamentos.

(1) Me refiero a mi trabajo *La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula*, «REDA», 59, 1988, págs. 455 y ss.

En esta ocasión nos vamos a ocupar de un reciente fenómeno cuyas manifestaciones se prolongan hasta nuestros días —todavía hoy se dictan resoluciones al respecto—, y pese a que podamos encontrar hoy una consolidada jurisprudencia en esta materia, ésta no deja de mostrar unos problemas cuyas claves interpretativas ponen en entredicho la eficacia del actual sistema de control de la potestad reglamentaria.

El Decreto 3652/74, de 17 de noviembre, de Disciplina de Mercado, fue anulado por Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 1981 (2). *Siete años de aplicación pendiente de la anulación* —en consonancia con la proverbial resistencia de nuestra magistratura a suspender las normas reglamentarias tiene su tanto de culpa—, *las vacilaciones de una Administración acostumbrada a sus privilegios*— y con el beneficio de la no suspensión—, y *el horror a la creación de vacíos legislativos* han producido una compleja jurisprudencia recogida en más de una cuarentena de sentencias —hasta la fecha— y que manifiestan algunos de los problemas más importantes del control de la potestad reglamentaria que expresamente sanciona la Constitución.

Esta colección de fallos nos va a permitir observar cómo el principio de conservación de los actos no opera propiamente como principio general, a la vez de indicar al factor tiempo como uno de los factores distorsionantes para la utilización de modelos teóricos clásicos en la determinación de los efectos de la anulación de reglamentos.

II. EL MARCO: LA REGULACIÓN DE LA DISCIPLINA DE MERCADO

No obstante, antes de iniciar nuestra exposición es preciso centrar el problema, lo que, a nuestro juicio, implica: i) hacer una breve referencia a la materia de la que trata el reglamento, ii) examinar el contexto en el que se produce la anulación y las sentencias que la aplican, y iii) determinar qué efecto teóricos podrían haberse producido.

1. Descripción del régimen normativo de la Disciplina de Mercado

Uno de los elementos que, a nuestro juicio, tienen una mayor incidencia en los efectos de las sentencias es la materia sobre la que se dictan es el tiempo (3). Ello se deriva lógicamente de la función de pacificación social que inviste los Tribunales (4) y que implica la resolución de problemas concretos y no la elaboración de categorías dogmáticas

(2) Ponente: Jaime Rodríguez Hermida (RA 958/81).

(3) Esta idea ya aparecía como hipótesis en nuestro trabajo *La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula*, «REDA», 59, 1988.

(4) Véase, al respecto, J. GUASP, *Derecho procesal civil*, tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1968, págs. 24 a 26. Según este autor, es el fundamento mismo del Derecho: *Derecho*, Madrid, 1971, págs. 313 y ss.

—sin perjuicio de que éstas deban construirse tomando como una de sus referencias estas decisiones—. Por esta razón entendemos que es imprescindible resaltar unas breves pinceladas alrededor de la Disciplina de Mercado con el objeto de conseguir una mejor perspectiva del problema.

En general podemos caracterizar la legislación de la Disciplina de Mercado como aquella que regula el ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de las relaciones comerciales (5).

Siguiendo el estudio que al efecto realiza J. TORNOS MAS (6), se sitúa el nacimiento de este sector de la intervención administrativa, propiamente y con carácter general, mediante la Ley de Fiscalía de Tasas de 30 de septiembre de 1940 (7), que si bien tiene un origen concreto, la necesidad de regulación del buen orden del mercado en una época de escasez postbélica, sus principios se perpetuarán hasta casi nuestros días, a pesar, incluso, de la liberalización económica operada desde 1959.

La normativa, originariamente muy dispersa y heterogénea, tanto material como formalmente, fue objeto de dos refundiciones autorizadas mediante Decretos-Leyes.

La primera de estas refundiciones se realiza por el Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, al amparo del cual se dicta el Decreto 3052/66 de 17 de noviembre. La doctrina ya llamó la atención sobre la peculiaridad de la autodelegación legislativa operada por el Decreto-Ley (8) y la amplitud de los términos en que se reconocía. Se autorizaba al Gobierno a *refundir y desarrollar* (!) la normativa vigente. Igualmente se criticó la deficiente normativa en materia de tipificación y garantías (9), a cuya justificación concurría el argumento de la movilidad y continua innovación en las conductas defraudatorias que precisa de una mayor amplitud de la definición de los tipos.

La segunda de las refundiciones se realizará por un procedimiento semejante. El *Decreto-Ley 6/74, de 27 de noviembre, de medidas coyun-*

(5) J. L. RIVERO YSERN: *En torno a la disciplina de mercado*, «DA», 195, 1982, pág. 49.

(6) *Las sanciones en materia de Disciplina de Mercado*, «REDA», 13, pág. 230.

(7) Los antecedentes de esta regulación, según cita TORNOS, son los siguientes: 1) la primera norma que reconoce potestades de represión y castigo de falsificaciones que afectan a la calidad, peso y volumen de los alimentos se produjo con el Real Decreto de 22 de diciembre de 1908; sin embargo, en esta época todavía pertenece a los Tribunales la función punitiva; 2) la potestad sancionadora en la materia se produce por el Real Decreto de 3 de noviembre de 1916; 3) inmediatamente empieza a crecer la normativa, así como se intenta encontrar la localización orgánica de estas competencias (Decreto de 8 de febrero de 1938 y Ley de 10 de marzo de 1939); 4) con posterioridad, la Ley de Fiscalía de Tasas concretará el régimen anterior.

(8) A. MANZANEDO, M. HERNANDO y E. GÓMEZ-REINO, *Curso de Derecho administrativo económico*, Madrid, 1970, págs. 599 a 610.

(9) En este sentido, A. NIETO y J. A. MANZANEDO, «Régimen jurídico del comercio interior, con especial referencia a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación», en *III Congreso Italo-Español, Santiago de Compostela, 1970*, Madrid, 1973, págs. 296 y ss. También, MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ-REINO, cit., págs. 593 y ss. Y, más recientemente, J. L. RIVERO YSERN, «Aspectos y problemática del derecho represivo económico», en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, 1977, pág. 772. También, más recientemente, RIVERO, *En torno a la disciplina de mercado*, cit., págs. 49 y ss.

turales de política económica (10), en su artículo 10, párrafo 3.º, habilitó al Gobierno para dictar un texto refundido con las disposiciones vigentes en materia de Disciplina de Mercado, en los siguientes términos:

«El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Comercio, aprobará el texto que desarrolle y refunda las disposiciones vigentes en materia de Disciplina de Mercado.»

Dicha habilitación parecía una consecuencia necesaria de los cambios competenciales y la determinación de la normativa aplicable operada por los párrafos 1.º y 2.º de ese mismo artículo (11). En este caso también se realizaron las correspondientes críticas por la impropiedad del instrumento de delegación y la ambigüedad de los términos con que se concede la misma (12). La refundición se realiza mediante el *Decreto 3632/74, de 20 de diciembre, por el que se refunde y desarrolla la normativa de Disciplina de Mercado, que es precisamnte el impugnado* (13). No obstante, la existencia de deficiencias en aspectos tales como garantías o tipificación, la doctrina reconoció la superioridad de la regulación de 1974 sobre la de 1966.

Como hemos indicado, la normativa de 1974 fue anulada por Sentencia de 18 de marzo de 1981, cuyos efectos analizamos en el presente trabajo.

2. *Análisis del contexto en el que se produce la anulación*

Si hemos expresado nuestra creencia de que uno de los factores determinantes de la extensión de la eficacia lo constituye la materia, probablemente no se pueda negar una influencia pareja a las circunstancias socio-jurídicas que inciden en su desarrollo.

Como venimos reiterando, la Sentencia de la Sala 3.ª de 18 de marzo de 1981 anula el Decreto 3632/74 de Disciplina de Mercado, con lo que se provoca una situación de inseguridad jurídica importante, habida cuenta que:

a) El Decreto había estado vigente desde diciembre de 1974 hasta marzo de 1981, con lo que era de presumir que existirían numerosos actos de aplicación cuya validez, en el caso de que no fueran firmes, podría ser cuestionada válidamente.

(10) «BOE», núm. 286, de 29 de noviembre de 1974.

(11) Artículo 10: «1. El Gobierno adaptará a las exigencias del momento presente las competencias fijadas en el artículo 6.º del Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre.

2. Las infracciones administrativas en materia de Disciplina de Mercado y las sanciones aplicables a las mismas se regularán por lo dispuesto en el Decreto 3052/1966, Decreto-ley 12/1973, Decreto 1552/1974 y disposiciones que los han desarrollado.»

(12) En este sentido, TORNOS MAS indica: «Además, el Decreto-ley autorizó, incorrectamente, para *desarrollar y refundir*, lo que mueve sin duda a la confusión» (*De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos...*, pág. 886).

(13) «BOE», núm. 19, de 22 de enero de 1975.

b) Además, se precisaba encontrar una normativa que supliera a la anulada.

A estas razones jurídicas hay que añadir el hecho de que el Decreto trata sobre Disciplina de Mercado y estamos, en esa época, inmersos en un escándalo en esta materia como fue el asunto de la adulteración del aceite de colza.

La Administración, sin embargo, permanece impasible. En primer lugar, amparada por el privilegio de la efectividad de sus actos, continúa la aplicación del Decreto impugnado. Pero, en segundo lugar, tampoco reacciona inmediatamente a su anulación —incluso aplica el Decreto de 1974 con posterioridad a su anulación—: sustituye el Decreto de 1974 por el de 1966 —que por cierto adolecía del mismo defecto, como veremos—, y pasa a aplicar éste, el cual contenía una técnica jurídica mucho más rudimentaria (14).

Hay que esperar a 1983 para encontrar una nueva norma en la materia: *el Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de producción agroalimentaria* (15). En su corto preámbulo la nueva refundición se justifica en un acuerdo del Congreso de los Diputados adoptado en fecha 17 de septiembre de 1981, entre las que se incluía «la refundición y actualización de todas las normas vigentes en materia de inspección y vigilancia de las actividades alimentarias y de sanción de infracciones».

Tampoco puede decirse que el ejecutivo estuviese especialmente afortunado en esta ocasión en la elección del instrumento normativo elegido, que sólo ha podido ser mantenido con una denodada labor de los Tribunales en su auxilio, que desemboca en una curiosa reinterpretación de toda la historia legislativa de la materia de Disciplina de Mercado y que evidencia el denodado intento de no dejar vacío el espacio jurídico de Disciplina de Mercado.

Esta afirmación se encontrará justificada si se contempla:

a) Primero. Que acuerdo justificativo del Congreso no fue nunca dictado como Ley, y menos como una Ley de delegación (16); por lo tanto no puede tratarse de un Decreto legislativo.

b) Segundo. Sin embargo, iba a *refundir* y *actualizar*, norma contenida con anterioridad en textos refundidos.

(14) En este sentido, RIVERO YSERN, *En torno a la disciplina de mercado*, cit., págs. 49 y ss.

(15) «BOE», núm. 168, de 15 de julio.

(16) No hemos podido encontrar la ley de delegación para realizar la refundición a la que se alude en el preámbulo del Real Decreto que estudiamos. En caso de que no existiera, el Real Decreto sería nulo, bien por carecer de cobertura legal para proceder a la tipificación de infracciones por vía de reglamento, o bien para poder proceder a la refundición y actualización de las normas en ausencia de habilitación bastante.

c) Tercero. Que esa refundición o actualización se produce dos años después del acuerdo del Congreso y de la anulación del Decreto de 1974.

Por fin será la Ley del Consumidor de 1984 la norma que cerrará este ámbito de inseguridad jurídica dando cobertura al Decreto 1945/83.

3. Los efectos teóricos de una anulación del reglamento

A pesar de no ser una cuestión profundamente estudiada (17), podemos indicar como claves de la determinación teórica de los efectos los siguientes:

En primer lugar, hay que advertir que no existe una solución expresa por parte del Ordenamiento, así como doctrina y jurisprudencialmente son utilizados diversos. Pero en general estas soluciones, ligadas a la resolución del caso, se caracterizan por limitar la eficacia de la anulación en consideración a principios tales como la seguridad jurídica o la ejecutividad de los actos. La incorporación de tales principios permite la subsistencia de algunos de los actos (18).

(17) En este sentido, mi trabajo *La conservación de actos...*, cit.

(18) Por ello, junto a la regla de la retroacción de efectos, característica de los Derechos italiano y francés, existen numerosas reglas correctoras, tantas que prácticamente podría sostenerse que existe una excepción de este efecto en cada anulación (para el Derecho italiano, por todos, SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, vol. 2.º, Nápoles, 1982, pág. 1308, y VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 3.º ed., Milán, 1982, págs. 422 y 423, y en Derecho francés, Ch. DEBBASCH, *Contentieux administratif*, 3.º ed., París, 1981, pág. 812, y AUBY y DRAGO, *Traité de Contentieux administratif*, tomo II, París, 1975, pág. 420). En ambos Derechos se erige como problema fundamental la consideración autónoma del acto que exige una propia y específica impugnación, por lo que la anulación de la norma no genera automáticamente la anulación, sino que es preciso la impugnación de éstos (*Arrêt CE* de 3 de diciembre de 1954 —*Causedery et autres*— y 1 de abril de 1960 —*Quériaud*—, citados por AUBY y DRAGO, *Traité de Contentieux*, cit., pág. 421; en el Derecho italiano, SANDULLI, *Manuale*, 2.º, pág. 646). Sólo bajo ciertas condiciones se da esa anulación en cadena que podría caracterizar a la eficacia de los actos. En Italia, a dicha eficacia se la denomina *caducante*, y opera únicamente respecto de los actos consecuenciales, a diferencia del efecto meramente *invalidante*, que no tiene esta extensión (SANDULLI, *Manuale*, 2.º, pág. 646, quien se manifiesta en contra, pues no entiende cómo se va a extender la eficacia del proceso a actos que no han sido de consideración en el mismo; a favor de la distinción y de la anulación por vía consecucional, P. VIRGA, «Caducazioni dell'atto amministrativo per effetto travogente dell'anullamento giurisdizionale», en *Studi en memoria di Guicciardi*, 1975, págs. 687 y ss.; también, en la *Tutela giurisdizionale*, pág. 354). En el Derecho francés, la extensión de los efectos requiere, según DEBBASCH, el recurso conjunto de los actos que son consecuencia del inicial y una relación de derecho entre reglamento y acto (*Contentieux*, pág. 816), si bien el primer requisito no es exigible en los casos de conexión (que se da respecto de actos idénticos) o de consecuencia (que se corresponde *mutatis mutandi* con los actos que son mera ejecución de los anteriores anulados). Sobre estos conceptos me remito a AUBY y DRAGO, *Traité de Contentieux*, pág. 425; en análogo sentido, DEBBASCH, *Contentieux*, pág. 817; en general, sobre la eficacia general de la anulación de los actos, P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, 1952.

En segundo lugar, debemos considerar que nos encontramos ante una norma. Esto nos obliga a considerar dos planos de eficacia de la anulación. Por un lado el *plano normativo*, en cuanto que es necesario proveer respecto de la sustitución de la normación que ha sido eliminada del Ordenamiento. Por otro, *el plano aplicativo* respecto de los actos que han sido dictados en ejecución del mismo.

Respecto del primero de los planos, el menos estudiado, en general se acepta que la anulación de una norma implica normalmente la reviviscencia de la que con anterioridad regulaba aquel sector (19), si bien algunos autores, asimilando el efecto anulatorio a la derogación (20) o sobre la base del carácter constitutivo de la Sentencia, relativizan este principio.

En el ámbito aplicativo, en nuestro país, se determinan los efectos alrededor del artículo 10.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que indica:

«La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en ejecución de la misma» (21).

Ello implica:

a) La sentencia despliega sus efectos respecto de los intentos de aplicación posteriores a la anulación que son inválidos por carecer de cobertura —efecto general de la sentencia (22)— y deja inalterados los anteriores que hubiera alcanzado firmeza, sin perjuicio de las facultades de revisión en los casos que el Ordenamiento la admite.

b) Existe la dificultad de qué debe determinarse respecto de los actos no firmes. Pueden citarse dos grandes posturas: i) los partidarios de una eficacia radical de la anulación (*ex unc*), que llevaría a

Por último, la firmeza de los actos impide la revisión de los mismos a pesar de que su norma de cobertura haya sido declarada inválida (Ch. DEBBASCH, *Contentieux*, pág. 816).

(19) TORNOS MAS, *De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos...*, cit., págs. 890 y ss.

(20) RIVERO YSERN, *En torno a la disciplina de mercado*, cit., pág. 62.

(21) Este mandato, que —como ha indicado GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. III, 1963, pág. 141— vino a zanjar la polémica relativa al alcance de los efectos de la anulación de los reglamentos, en general, ha merecido una escasa atención por la doctrina.

Hay que indicar que no son muy abundantes los comentarios a este precepto —y en un gran número de casos limitados a recoger la existencia del precepto, como son los casos de GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho administrativo*, tomo III, 1.ª parte, Madrid, 1963, pág. 141) y ENTRENA CUESTA (*Curso de Derecho administrativo*, vol. I, parte 1.ª, 6.ª ed., Madrid, 1979, pág. 292)—, por lo que nos veremos precisados a analizar con la mayor profundidad posible las escasas referencias doctrinales existentes.

(22) Este efecto, pues, se deriva no sólo de la propia lógica de la idea de anulación, sino también de la eficacia general que se atribuye a las sentencias anulatorias en el ámbito contencioso-administrativo (art. 86.2 LJCA).

que anulada la disposición deberían ser anulados todos los actos dictados en ejecución de la misma (23), y ii) aquellos que se manifiestan partidarios de atenuar aquella medida, entendiendo que la subsistencia del acto de ejecución depende de su adecuación objetiva al Ordenamiento (24).

III. LOS EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL DECRETO DE DISCIPLINA DE MERCADO POR LA SENTENCIA DE LA SALA 3.ª TS DE 18 DE MARZO DE 1981

1. *El contenido del fallo*

Como hemos adelantado, la situación provocada por la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 18 de marzo de 1981, por la que se anuló el Decreto 3632/74, de 20 de diciembre, por el que se refunde y desarrolla la normativa de Disciplina de Mercado, nos permite encontrar una importante fuente de datos respecto a la eficacia real de la anulación de reglamentos mediante sentencia judicial (25).

La impugnación del Reglamento se produjo por recurso interpuesto por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Los actores van a presentar dos pretensiones: 1.º la declaración de la nulidad total del Decreto por falta del dictamen del Consejo de Estado, establecido con

(23) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1979, págs. 194 y 195, mantienen la eficacia *ex tunc* de la nulidad, sin perjuicio de la limitación en la retroacción de los efectos que impone el artículo 120.1 LPA, por motivos de seguridad jurídica, y que tan sólo se refiere a los actos firmes, por lo que los actos «... que no sean firmes por no haber transcurrido los plazos de impugnación o estar pendientes de resolución los recursos eventualmente interpuestos contra los mismos no quedan a cubierto de la garantía prevista en el citado artículo 120 (que se refiere sólo a los actos firmes) o, en consecuencia, seguirán la suerte del propio Reglamento declarado nulo» (*Curso*, I, pág. 194). Una posición muy cercana la encontramos en BOQUERA OLIVER, pese a que sólo admite de forma expresa la eficacia *ex tunc* de las normas que no precisan actos de anulación [«Grados de ilegalidad del acto administrativo (Anulabilidad, nulidad e irregularidades del acto administrativo)», en *Estudios sobre el acto administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1985, págs. 160 y ss.].

(24) En este sentido, L. LAVILLA ALSINA, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, 1961, págs. 53 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 297 y ss.; *Los recursos administrativos y económico-administrativos*, Madrid, 1975, págs. 196 y 197; *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Madrid, 1977, págs. 763 y 764; *Procedimiento administrativo municipal*, Madrid, 1978, págs. 781 y 782, y R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», 14, 1977, págs. 387 y ss.

(25) En este supuesto, no sólo contamos con una extensa muestra de sentencias, de cierta diversidad de contenido, sino que, además, contamos con un comentario sobre el pronunciamiento que estableció la anulación de la disposición reglamentaria, y en el que ya se planteaba el alcance de las posibles consecuencias de dicha anulación; en concreto es el realizado por J. TORNOS MAS en *De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos: la declaración de nulidad, por vicios de carácter procedimental, del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de Disciplina de Mercado*, «REDA», 32, 1982, págs. 885 y ss.

carácter preceptivo por el artículo 10-4 de la LRJAE (26), y 2.º subsidiariamente algunos de sus preceptos por aparente contradicción material con los antecedentes que debían refundir.

El Tribunal únicamente atenderá al primero de los argumentos, ya que exigía un enjuiciamiento previo por su naturaleza de vicio de orden público, procede a declarar la nulidad de actuaciones, y la reposición del expediente administrativo al momento anterior a aquel en que éste debió producirse. La Sentencia argumenta este pronunciamiento de la siguiente forma:

«... el dictamen del Consejo de Estado es una exigencia común para los Textos Refundidos y los Textos articulados, al ser un requisito *ad solemnitatem* e imprescindible, y ello aunque el mismo no sea vinculante para el Gobierno y éste pueda separarse del mismo, por todo lo cual, al haberse prescindido de este trámite esencial e inexcusable, la Sala ha de anular todo lo actuado reponiendo las actuaciones al momento previamente anterior a la omisión de tal informe, al objeto de que se oiga a dicho Alto Cuerpo Consultivo, tal como así ya lo manifiesta la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio de 2 de diciembre de 1974, sin que proceda el examen del resto de las infracciones formales aludidas, precisamente por la estimación de la primera-mente esgrimida».

2. La prospección de los efectos

A) Los efectos de la anulación según J. TORNOS MAS.

El fallo precedente fue objeto de un minucioso comentario de J. TORNOS MAS (27). El Profesor de Barcelona extiende sus consideraciones tanto al contenido de la Sentencia, vinculada al interesante tema del control de los Decretos legislativos, y más en concreto respecto de la validez de éstos por los defectos producidos en el procedimiento de elaboración como a los efectos que el pronunciamiento de nulidad pudiera producir. Son estas últimas consideraciones las que analizaremos de forma especial por ser las que realmente afectan al tema que tratamos.

De principio hay que decir que el Profesor TORNOS estudia la eficacia de la Sentencia en los dos planos en que se proyecta la anulación del Reglamento (28): a) plano aplicativo, es decir, las consecuen-

(26) «Es competencia del Consejo de Ministros:

(...)

4. Someter al Jefe del Estado los proyectos de disposiciones con fuerza de ley, cuando el Gobierno cuente para ello, en cada caso, con expresa delegación por Ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno.»

(27) *De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos...*, cit., págs. 885 y ss.

cias respecto de los actos dictados en ejecución de la norma invalidada, y b) el plano normativo, en concreto, qué normativa deberá sustituir al Decreto de 20 de diciembre de 1974.

a) En relación con el primero, afirma la eficacia *ex tunc* del pronunciamiento sin perjuicio de la supervivencia de los actos aplicativos firmes, en línea directa con lo indicado por el artículo 120.1 LPA (29). TORNOS, siguiendo esta doctrina, afirma que la subsistencia de efectos de los actos dictados en ejecución de la norma invalidada no es incompatible con la eficacia dada a la nulidad:

«... al perder el acto su norma habilitante se justificará su revisión en aplicación de los artículos 109 y 110 LPA, bien por la acción de oficio de la Administración, a través del proceso de lesividad o ejerciendo los particulares la acción de nulidad que les reconoce el mismo artículo 109 de la LPA, acciones que dependerán del tipo de nulidad del acto» (30).

Y precisa:

«En consecuencia, pues, aplicando el principio general de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones de carácter general, entendemos que las sanciones dictadas en base al Decreto de 1974 fueron anuladas de pleno derecho pero no por derivación automática de la nulidad de dicho Decreto, sino por que los actos sancionadores están encuadrados en el artículo 47 de la LPA, ya que fueron dictados por órgano manifiestamente incompetente, al carecer la Administración de habilitación legal.

Al declararse la nulidad de pleno derecho del del Reglamento o del Decreto legislativo éste deja de existir desde su publicación, y la sanción basada en aquél se dicta, en principio, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante, sin nomba habilitante (se advierte aquí el efecto retroactivo de la declaración de nulidad del Decreto de Disciplina de Mercado). Queda abierto, pues, el procedimiento para la revisión de estos actos sancionadores en aplicación del artículo 109 de la LPA (claro que si el acto sancionador no fuera aún firme, su nulidad podría declararse al resolverse el recurso)» (31).

(28) Véase cuanto se dijo al respecto al estudiar los efectos teóricos de estas sentencias.

(29) El autor apoya su opinión en R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad de Reglamentos...*, cit., págs. 387 y ss., al cual nos hemos referido ya.

(30) J. TORNOS MAS, cit., pág. 887.

(31) J. TORNOS MAS, cit., pág. 890. Hay que destacar, no obstante, que esta matización supone implícitamente un cierto apartamiento de la tesis que hemos personalizado en GÓMEZ-FERRER y que abordaremos más adelante.

b) Mayor atención dedica este autor a las consecuencias normativas del fallo. Se trata de averiguar cuáles van a ser las normas aplicables a la materia a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 1981.

TORNOS propone dos cauces para colmar el vacío que produce la inaplicabilidad del Decreto por razón de su invalidación:

1.º La *sustitución* por normas que como la de la Ley de Orden Público o la del Consumidor, entonces en trámite de aprobación, concurren materia de mercado y que podrían suplir la cobertura de algunos tipos.

2.º La *reviviscencia* del Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, normativa anterior a la del Decreto impugnado.

Esta última solución merece alguna explicación adicional. Para justificar esta «resurrección» (32) utiliza una doble vía argumental. En primer lugar, entiende que al recoger el Decreto de 1974 la misma *ratio legis*, que el del año 1966 no fue derogada propiamente, sino que se subrogó en el lugar, produciendo un efecto de decaimiento en su eficacia (33). Para ello, previamente, ha tenido que distinguir entre abrogación como forma de eliminación de una norma por otra y subrogación, que implica la sustitución de una norma por otra, aunque manteniendo la misma razón de ser de la sustituida (34). El Decreto de 1974 operó en este último sentido. No había contradicción material entre ambas normas; por lo tanto, no puede hablarse de derogación, no siendo de alicación, pues la prohibición contenida en el artículo 2.3 del Código Civil (35), de reviviscencia de las leyes por la derogación de las normas que a su vez les derogaron (36).

En segundo lugar, el renacimiento de la norma se derivaría de la propia eficacia de la nulidad de la norma, que es total y se produce desde su origen (37).

La primera de las líneas argumentativas permite, según el Profesor de Barcelona, acudir a la norma vigente hasta el momento de la aparición de la norma invalidada: si la norma es ineficaz de forma total, dicha ineficacia se extiende también a los efectos derogatorios (38). La segunda lleva a la conclusión que dado que el Decreto de 20 de

(32) Como la califica expresamente alguna jurisprudencia.

(33) Esta argumentación, como mostraremos con posterioridad, podría haber tenido una más sólida fundamentación desde la teoría general de los Decretos Legislativos.

(34) Sobre las diferentes formas de derogación y el problema que se ocasiona con la invalidez de las normas volveremos más adelante.

(35) «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado.»

(36) El propio TORNOS, sin embargo, reconoce la debilidad de esta argumentación, cuya admisibilidad queda supeditada a la validez de la diferenciación entre los diversos tipos de derogación y, sobre todo, a una concepción formal de este último efecto (*op. cit.*, pág. 892).

(37) J. TORNOS, cit.

(38) J. TORNOS MAS, cit., pág. 893.

diciembre de 1974 contenía una cláusula derogatoria expresa —que por mneccionarlo ocasionó la pérdida de vigencia del Decreto de 1966— ha sido a su vez anulada por la propia sentencia, lo que nos lleva a afirmar la vigencia del Decreto de 1966 (39).

Todos los argumentos aportados apuntan a la posibilidad de utilizar el Decreto de 1966 en sustitución de la norma impugnada.

Probablemente estos razonamientos disten de ser concluyentes, pero tienen el inmenso valor de abordar un tema pocas veces tratado de forma directa, y en el que late una legítima preocupación sobre los efectos normativos de la sentencia. Como el mismo TORNOS confiesa expresamente en su artículo, la necesidad de seguridad jurídica guía obliga a buscar una normativa sustitutoria, eludiendo así el vacío normativo que pudiera formarse.

«El interés público de contar con una norma que habilite a la Administración para que habilite a la Administración para actuar en este sector concreto parece justificar el renacer de un texto “derogado” en su día, cuando la norma que lo derogó ha sido anulada por el Juez, produciéndose un vacío normativo y la pérdida de legitimación de la actuación de la Administración en el sector» (40).

B) *Consideraciones en relación con esta posición.*

El comentario de J. TORNOS, por preceder en el tiempo a nuestro estudio y ser uno de los pocos estudios existentes sobre la materia, merece algunas consideraciones que nos ayuden a penetrar más en la compleja problemática que podía plantear esta anulación y cuyas previsiones superaría la realidad, como veremos más adelante.

a) En el plano de lo concreto el Profesor de Barcelona parece abrazar la tesis favorable a la conservación de los actos sin perjuicio de la nulidad del reglamento. Sin embargo, en la práctica la solución propugnada expresamente respecto a los actos de ejecución de la norma anulada parecen ser los contrarios. Al afirmarse que la desaparición del Decreto de 1974 provoca la nulidad por incompetencia manifiesta de las sanciones adoptadas a su amparo (41) no puede llevarnos a otra conclusión.

Como hemos transcrito más arriba, TORNOS considera nulas todas las sanciones adoptadas por la Administración, por estar viciadas por incompetencia manifiesta —carecen de cobertura—, por lo que, en consecuencia, son revisables en vía administrativa por el cauce del artículo 109 LPA. Ahora bien, es discutible la equiparación que el autor rea-

(39) *Op. cit.*, págs. 893 y 894.

(40) J. TORNOS MAS, *cit.*, pág. 893.

(41) *De nuevo sobre el control de los Decretos legislativos...*, *cit.*, pág. 890.

liza entre falta de cobertura normativa por anulación e incompetencia manifiesta —única incompetencia que genera la nulidad conforme al art. 47.1a) LPA—. En primer lugar, significa extender esta idea a cualquier forma de irregularidad. En efecto, si la desaparición genera por sí misma falta de competencia de forma manifiesta, también debe producir un efecto análogo cuando por irregularidad el acto no se «ajusta» a la que debiera haber adoptado: el acto no tendría el amparo del título definido en la norma. Esta interpretación extensiva de la incompetencia manifiesta parece contradecir expresamente el principio de *favor acti* que se predica de los actos administrativos y que señala la necesidad de restringir lo más posible las causas de nulidad. Por otro lado, si toda desaparición de cobertura genera la nulidad automática de los actos dictados en ejecución, ¿no habrá que mantener el principio contrario al que parece mantener como regla? En definitiva, con la calificación que realiza TORNOS podría sostenerse el principio de nulidad automática «por arrastre» de los actos dictados en ejecución de la norma invalidada.

Pero, en segundo lugar, si se adopta la solución de sustituir el anulado Decreto de 1974 por el de 1966, la conclusión es más discutible por su generalidad: i) Primero, hay que admitir que el Decreto de 20 de diciembre de 1974 introdujo un nuevo sistema de distribución de competencias, pero no lo es menos que el mismo se traduciría, en definitiva, en una reordenación jerárquica de la potestad sancionadora, consecuencia de lo cual la incompetencia que se produciría sería de este tipo —jerárquica—, que no es, en principio, causa de nulidad de Pleno Derecho. ii) Segundo, tampoco considera que actos sancionadores pueden haber sido dictados por órganos que ostentaban ya esta competencia bajo la regulación anterior a la anulada, o que traigan causa de los mismos no necesariamente a través del Decreto impugnado —también, en ese caso, ¿serían nulos?—. iii) Tercero, hay que considerar la subsistencia de normas anteriores y posteriores sobre competencia que debilitan aún más esta línea argumentativa. iv) Cuarto y último, queda por determinar si la nulidad mantenida por el Profesor TORNOS se extiende también a aquellas sanciones en las que concurren la tipificación de otras normas no declaradas nulas.

Pese a situarse en principio en el lado favorable a la conservación, caracterizada por propugnar que los actos dictados en ejecución de normas declaradas ilegales no desaparecen automáticamente con la anulación de éstas, sino que eliminación o conservación depende de su adecuación objetiva al Ordenamiento, parece haberse adoptado la solución contraria. Conforme a la solución adoptada por el Profesor de Barcelona, al anularse su cobertura, ésta desaparece y, en consecuencia, son nulos porque la Administración no puede dictar actos sin una previa cobertura legal.

b) En el plano de lo general, RIVERO YSERN (42), en razón al análisis material del texto, duda de la linealidad del argumento de la revisis-

(42) *En torno a la disciplina de mercado*, cit., pág. 49.

encia. El argumento del Profesor de Sevilla, no por menos formal es menos convincente. En primer lugar, constata la superioridad técnica y garantística del Decreto de 1974 anulado, respecto del de 1966, por lo que la reviviscencia de este último puede considerarse un verdadero paso atrás en la línea evolutiva de esta legislación. En segundo lugar, utilizando la equívoca redacción del artículo 120.1.LPA, asimila anulación a derogación y, consiguientemente, en tercer lugar, recuerda que la derogación de las normas no implica la vuelta a la vigencia de aquellas a las que derogaron, mandato contenido con carácter general en el Código Civil. En consecuencia, reclama la necesidad de una intervención del poder público para eliminar las altas cuotas de inseguridad que provocara esta situación.

A pesar de las dificultades que presentan las argumentaciones que analizamos, éstas tienen una importante virtualidad, poner de manifiesto los problemas que plantea el mismo tema. Ni la solución de nulidad radical y por lo tanto de invalidez sucesiva de todas las actuaciones dictadas al amparo de la norma y reviviscencia automática de las que fueron derogadas por la declarada nula, aparentemente bastante extendida, como veremos, en el derecho comparado (43), ni la eficacia *ex nunc*, de estos pronunciamientos, y menos las diferentes soluciones en orden a la sustitución de la normativa declarada nula son deseables. En definitiva, consideramos que esas dificultades que muestra la tesis que analizamos no son más que la consecuencia de la propia dificultad de adecuación de la tensión valorativa que caracteriza este problema. Por un lado, no parece que al amparo de la idea de justicia sea de recibo que perduren los efectos de una normativa por demás sancionadora, que es irregular.

3. Otras consideraciones para considerar vigente el Decreto de 1966

A nuestro juicio, no hacía falta haber recurrido a tales argumentos para eludir el vacío normativo. Existen dos razones a las que, además, curiosamente, la jurisprudencia no ha hecho alusión, pero que podían haber sido utilizadas para mantener la vigencia de la regulación anterior a la normativa anulada.

a) La primera se refiere al contenido mismo de la Sentencia. En la misma, técnicamente no se declara la nulidad del Decreto, sino que se dicta una nulidad de actuaciones y retroacción de la situación hasta el momento en el que debió haberse producido la participación del Consejo de Estado. En palabras de la propia Sentencia

«... al haberse prescindido de este trámite esencial e inexcusable, la Sala ha de anular todo lo actuado repo-

(43) Sin perjuicio de los múltiples criterios correctores utilizados para llegar a una solución atenuada de los efectos, como hemos visto en el capítulo anterior y ampliaremos en el siguiente.

niendo las actuaciones al momento previamente anterior a la omisión de tal informe, al objeto de que se oiga a dicho Alto Cuerpo Consultivo, tal como así ya lo manifiesta la Secretaría General Técnica del Ministerio de Comercio de 2 de diciembre de 1974, sin que proceda el examen del resto de las infracciones formales aludidas, precisamente por la estimación de la primeramente esgrimida».

La reposición de las actuaciones significa la retroacción en el tiempo al momento en el que se produjo el vicio. Antes de que se aprobara la norma. ¿Significa ello también la restitución de la normativa aplicable al momento de producirse el vicio?

Considerando este planteamiento, pudiera mantenerse que la decisión del Tribunal busca la reimplantación del régimen anterior al Decreto de 1974. En definitiva, el problema consiste en determinar hasta qué punto el fallo significa una retroacción en el tiempo de la *situación normativa*, por lo que podría sostenerse, si se admitiera este razonamiento, que la propia Sentencia provee la aplicación de la normativa vigente de la normativa aplicable en tal momento, en el que no por no haber sido publicado el Decreto de 1974, el de 1966 no había sido derogado.

La argumentación, como ya hemos dicho, no ha sido utilizada en ningún momento en las sentencias estudiadas, y aunque puede ser criticada en sentido análogo a las soluciones estudiadas con antelación, nos presenta una de las preocupaciones principales de este trabajo, como es el control por los Tribunales de los efectos de sus Sentencias anulatorias de reglamentos. Tema sobre el que no podemos abundar en este momento.

b) Otra argumentación de no menos peso viene del campo de la teoría de los propios textos refundidos.

El texto refundido es el resultado del ejercicio de la delegación otorgada al efecto por el legislador. Como ocurre en los textos articulados, gozan de la calidad de ley en cuanto se mantengan dentro del ámbito de la delegación (44), degradándose al nivel reglamentario en otro caso, y se cumplan los requisitos formales de elaboración que prevé la legislación (45).

Existe cierta polémica en relación con la pervivencia de la legislación anterior que parece afirmarse por alguna jurisprudencia (46), en contra de aquellos quienes indican que la normativa refundida susti-

(44) Sentencia de la Sala 3.ª TS de 11 de octubre de 1969 (Ponente: Enrique Mediano Balmaseda) y, más recientemente, la Sentencia de la Sala 4.ª TS de 4 de febrero de 1987 (Ponente: Antonio Bruguera Manté).

(45) En este sentido, la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 23 de mayo de 1969 (Ponente: Víctor Serván Mur) y Sentencia de la Sala 5.ª TS de 2 de diciembre de 1975 (Ponente: Pedro de Hijas).

(46) Sala 3.ª TS de 27 de enero de 1979 (Ponente: Manuel Sainz Arenas).

tuye y elimina a la que es objeto de refundición (47). Dicha polémica puede ser resuelta atendiendo a la compleja eficacia que genera la no menos compleja estructura de esta forma de legislación.

En primer término la legislación anterior, como elemento de determinación material del contenido de la legislación delegada, subsiste como parámetro de control de su ejercicio mismo; si no se habilitó para aclarar, reordenar o armonizar, el precepto se debe conservar en la nueva legislación con su sentido intacto (48). En segundo término, ello

(47) Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 132 y 133.

(48) Por ello puede servir de referencia para enjuiciar la adecuación a los límites de la delegación y desarrolla una eficacia interpretativa —como hacía la Ley de Bases— sobre el Decreto legislativo. Son numerosas las sentencias que aluden a esta eficacia interpretativa de los Decretos legislativos (entre otras, podemos citar la de la Sala 3.ª TS de 3 de marzo de 1980; Ponente: Manuel Sainz Arenas).

Este sentido anfibológico se muestra de forma evidente en la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 27 de enero de 1979 (Ponente: Manuel Sainz Arenas):

Cdo. 1.º: «... cuestión que ha de resolverse sentando como postulado que, en caso de discordancia entre dichos artículos, como después se razonará, ha de prevalecer el texto legislativo directo sobre el refundido, dado que éste carece de eficacia jurídica para poder modificar o efectuar innovaciones en aquél; y si, como queda recogido, el legislador, en el artículo 155.5 de la Ley de 1964, ordenó aplicar en todo caso el número 1 de la Tarifa del Impuesto de Sucesiones, no obstante contraerse ese epígrafe a los descendientes consanguíneos, y ser, en cambio, especialmente destinado a los descendientes por afinidad el número 3, pese también a estar incluidos unos y otros en el término genérico "descendientes", sin distinción de clases de parentescos, empleado en los textos literales de los dos preceptos objeto de comparación para designar...».

Cdo. 2.º: «que el valor de Ley formal del texto refundido está condicionado, evidentemente, por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido, o lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación, siendo de destacar cómo el artículo 11 de la Ley General Tributaria confiere carácter de meras disposiciones administrativas a esos textos en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación, con lo cual es visto que no se produce incompetencia de jurisdicción en relación al rango del texto refundido, que, por la razón aludida, es sin duda impugnabile ante esta Jurisdicción en lo que pudiera contradecir a la legalidad; y que al enjuiciar los Tribunales de esta Jurisdicción el contenido de un texto refundido confeccionado por el Poder ejecutivo refiriéndolo al de una Ley producto, ésta y no aquél, del órgano único facultado para emitir textos legales propiamente dichos, para nada vienen a inmiscuirse en la esfera de lo legislado, sino que, antes al contrario, se colocan a su lado, velando por la genuinidad de su obra, ... doctrina que en adelante, además de contar en materia fiscal con el apoyo del citado artículo 11 de la Ley General Tributaria y con el genérico del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ... contará en todo caso con el respaldo de la Constitución Española, sancionada el 27 de diciembre de 1978, cuyos artículos 82 y 85 regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas Decretos

no quiere decir que la normativa anterior subsista con pleno vigor, puesto que ésta, indudablemente, ha sido sustituida por la resultante de la delegación que, salvo enjuiciamiento de la adecuación a la delegación es la única aplicable. Y tercero, en cuanto a la eficacia derogatoria del Texto refundido regirá el régimen general aplicable a la derogación, tomándose únicamente como derogaciones ciertas aquellas que sean señaladas expresamente en la norma delegada y, claro está, que se adopten dentro de los términos de la habilitación (49).

A partir de esta idea de pervivencia de la legislación anterior sometida a refundición que, como hemos indicado, aparece reflejado en la jurisprudencia (50), podría justificarse la persistencia de la legislación anterior y su reaparición una vez desaparecido el texto normativo que le sustituyó.

En todo caso, ni uno ni otro argumento fue utilizado por el Tribunal Supremo, el cual empieza a aplicar la anulación a partir de 1983.

IV. LA CONFIRMACIÓN DE LAS SANCIONES Y LA SUSTITUCIÓN DEL DECRETO DE 1974 POR EL DE 1966

En dicha jurisprudencia, al menos al principio, ha ejercido una gran influencia del artículo de TORNOS MAS, fundamentalmente en lo referente a fórmulas de recomposición del espacio normado vaciado por la Sentencia de nulidad.

Por ello, no es extraño encontrar sus mismos argumentos dos años después de este pronunciamiento. En este sentido, podemos citar dos Sentencias de la Sala 3.^a, de 29 de abril de 1983 y 21 de septiembre de 1983 (51), que habían dictado la aplicabilidad del Decreto de 1966 en sustitución del de 1974, con la siguiente argumentación:

«Que como argumento que trata de desvirtuar la Sentencia de apelación, se invoca la dictada por esta Sala, de fecha 18 de marzo de 1981, por virtud de la cual se dictó la nulidad del Decreto de 3632/74 de 20 de diciembre, por el que se desarrollaba el Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre,

Legislativos, y sin perjuicio de que las leyes de delegación puedan establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, asientan la competencia propia de los Tribunales como sistema básico de tal control».

(49) Por otro lado, puede plantearse la cuestión de hasta qué punto la función del texto refundido es la derogación de la normación anterior. Sobre la caracterización de las fuentes en relación con su función, véase el trabajo de R. GÓMEZ-FERRER, *Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional*, núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 7 y ss.

(50) Sentencias de la Sala 3.^a TS de 27 de enero de 1979 y 3 de marzo de 1980 (Ponente: Manuel Sainz Arenas).

(51) Ambas con el mismo Ponente: José Luis Ruiz Sánchez (ref. RA 6043/83 y RA 4617/83, respectivamente).

en materia de Disciplina de Mercado, como norma esencial que constituye la apoyatura de las disposiciones atacadas e implícitamente estimarse existente un vacío en la normativa sancionadora, consecuencia inaceptable, porque la conclusión establecida en el referido Decreto por la indicada lo fue en su integridad y, por consiguiente, también alcanza a su anexo, en el que se encuentran enumeradas las disposiciones derogadas, que eran sustituidas por el Decreto anulado, y si bien es cierto que el mismo estió como normativa conculcada, tanto por la resolución del Director General de Consumidores que impuso una sanción de 500.000 pesetas a la empresa "P.A.M., S. L." por la elaboración de chocolate adulterado, comprobado en las diversas actuaciones llevadas a efecto como consecuencia de actas levantadas, también fue tenido en cuenta por la resolución que en alzada confirmó la originaria, pero no como única fundamentación del acuerdo adoptado, sino en conjunción con otras disposiciones subsistentes anteriores y posteriores al Decreto objeto de la anulación —RD de 22 de diciembre de 1908, OO de 4 de junio de 1957, 29 de enero de 1958, 26 de mayo de 1962, 16 de agosto de 1964 y D de 5 de diciembre de 1975— que, en unión a las que se citan en la disposición derogatoria del Decreto anulado constituyen la cobertura legal que legitima la actuación de los órganos administrativos que dictaron las resoluciones que son objeto del proceso contencioso» (52).

La Sentencia confirma los actos recurridos, reconduciéndolos a la cobertura del Decreto de 1966. Obsérvese que a pesar de que el argumento normativo es sustancialmente idéntico al del esgrimido por TORNOS, sin embargo no lo es el resultado concreto. La previsión de rellenado del espacio normado del Decreto de 1974, por el Decreto de 1966 se hacía para conseguir evitar el vacío producido tras la anulación del primero. Sin embargo, estos pronunciamientos que, por cierto, serán expresamente contradichos más adelante, admiten la sustitución respecto incluso de los actos dictados al amparo del anulado.

Esta decisión plantea dos problemas importantes. En primer lugar, la sustituibilidad de la normativa al amparo de la cual se abrió el expediente sancionador, y en segundo lugar el grado de inseguridad jurídica que introduce esta aplicación del Decreto de 1966.

Al primero de los temas ya hemos hecho alusión en un trabajo

(52) Considerando primero de la STS [3] de 29 de abril de 1983 (RA 6043/83).

Por su parte, la STS [3] de 21-9-83 (RA 4617/83) cita como antecedente la de 29 de abril, y reproduce íntegramente los razonamientos de dicha Sentencia en su segundo considerando, con la única modificación de la sanción y el sujeto pasivo de la misma; en este caso es una sanción impuesta por el Director General de Consumo de 400.000 pesetas a don Angel P. M. por falta de peso en el pan.

anterior (53), en donde llamamos la atención de los problemas que se introducían con el cambio de calificación de las infracciones en la fase de apelación del contencioso. Parece como si los hechos que se consideran probados si fueran susceptibles de sanción ésta es independiente del acierto o no de la calificación (54). Este planteamiento tiene, a nuestro juicio, graves consecuencias debido a la íntima imbricación que existe entre determinación de los hechos relevantes a efectos de una tipificación y la calificación de los mismos (55). Puede implicar el vaciamiento de la estrategia procesal misma del proceso.

Pero también al alterar el Ordenamiento aplicable al expediente sancionador implica que las normas de tipificación con respecto a las cuales había fijado su conducta son modificadas una vez instruido y en algún caso resuelto el expediente sancionador. ¿Estamos realmente sirviendo a la seguridad jurídica con esta manifestación o simplemente apoyando a la Administración para que no quede inerte ante los abusos que implican las conductas que reprimía del Decreto de 1974? ¿Podría hablarse de aplicación retroactiva del Decreto de 1966, cuya vigencia fue, al menos aparente, suspendida por el de 1974 y por la Sentencia de 18 de marzo de 1981 revivida, incluso respecto de las situaciones que se dictaron en el interin de aparente vigencia del Decreto anulado?

La solución, como venimos diciendo, no es fácil. Por un lado, tensiona la efectividad del control que debiera traducirse en el colapso de esta actividad hasta que la Administración sustituyera la normativa, y los intereses propios de este sector. Pero, curiosamente, la inactividad de la Administración va a producir la prevalencia de estos intereses en detrimento de los primeros. El poder público va a sacar ventaja de su inactividad eludiendo su deber de emitir una normativa regularmente formada.

V. LA ANULACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS SANCIONES Y ALGUNAS CONSTRUCCIONES SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE SUSTITUIR LA COBERTURA SANCIONADORA

1. *Introducción*

A partir de 1983, el Tribunal Supremo cambia de criterio acerca de la permanencia de las sanciones impuestas sobre la base del anulado Decreto de 20 de diciembre de 1974, y procede a su anulación casi sistemática siempre que los recurrentes hacen mención a la Sentencia de 18 de marzo de 1981. Esta nueva orientación durará como doctrina dominante hasta finales de 1986, momento en que se convierte el tema de fondo dominante de la legalidad del Decreto de 17 de noviembre de 1966, utilizado en sustitución del de 1974, como ya hemos indicado.

(53) *Plenitud del control judicial en la fase de apelación y calificación de infracciones administrativas*, «PJ», 6, 1987, págs. 145 y ss.

(54) *Plenitud del control jurisdiccional...*, cit., págs. 162 y 163.

(55) *Plenitud del control jurisdiccional...*, cit., págs. 157 a 159.

Otro dato importante a considerar consiste en la gran variedad de justificaciones que concurren para lograr una misma decisión: la anulación de la medida sancionadora (56). Vamos a analizar algunos de los más significativos fallos.

2. *Nulidad automática de los actos dictados en ejecución del Decreto de 20 de diciembre de 1974 por interpretación a contrario del artículo 120.1 LPA*

A) *La interpretación a contrario del principio de conservación de los actos firmes plasmado en el artículo 120.1 LPA.*

La Sentencia de la Sala 3.^a del TS de 27 de enero de 1984 (57) inicia una jurisprudencia consistente en la invalidación que las sanciones recurridas impuestas bajo la vigencia del Decreto de 1974.

En un solo considerando se declara la anulación de la sanción como consecuencia de la del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en los siguientes términos:

«Que las sucintas alegaciones formuladas por la representación del Estado en el presente recurso tienen una adecuada respuesta en las consideraciones de la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1981, que declaró la nulidad del Decreto de 20 de diciembre de 1974 al no venir dictaminado por el Consejo de Estado, infracción que se califica a todas luces de incuestionable al tratarse de un supuesto en que el Decreto controvertido obedeció a la autorización concedida por el Gobierno por el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1974 en el número 3 del artículo 10, siendo consecuencia indeclinable de esa nulidad prevenida en el número 1 del artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo correctamente interpretada en la sentencia que se recurre, por cuanto la estimación del recurso en su día interpuesto y que diera lugar a la comentada sentencia de esta Sala implica la derogación de dicha disposición, así como de los actos no firmes, cualidad ésta de que vienen asistidos los actos recurridos» (58).

(56) Por esta razón hemos procedido a ordenar la exposición por los siguientes criterios: primero, la razón argumentativa —sin perjuicio de algunas peculiaridades que puedan registrarse en cada grupo—, y segundo, entre los diferentes grupos se ha utilizado un criterio temporal.

(57) Ponente: José Pérez Fernández (RA 212/84). Se trata de un recurso de apelación interpuesto por la representación del Estado contra la Sentencia de la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la que se estima el recurso interpuesto contra una resolución del Ministerio de Comercio y Turismo por la que se imponen unas sanciones en materia de Disciplina de Mercado.

(58) Considerando primero. Es el único argumento que utiliza la Sentencia, por

Argumentación que se repite en las Sentencias de la misma Sala —y ponente— de 15 de marzo (59), 15 de junio (60) y 20 de septiembre de 1985 (61), esta última con algunas peculiaridades que se tratarán más adelante.

Hay que destacar, en este primer grupo de Sentencias, las siguientes cuestiones: en primer lugar, las consecuencias de la anulación del Decreto se tratan en relación con el contenido del artículo 120.1 LPA. Incluso se recibe su equívoca redacción en cuanto que indica que la *declaración de nulidad «implica la derogación de dicha disposición, así como de los actos no firmes, cualidad ésta de que vienen asistidos los actos recurridos»*.

En segundo lugar, en relación con los actos no firmes —como vimos, ámbito para el que no existe regla fija— establece la *nulidad automática por interpretación a contrario de la regla de la conservación de los actos firmes contenida en el mismo artículo 120.1 LPA*.

En tercer lugar, no se hace cuestión sobre la cuestión normativa; en concreto, sobre qué normativa deberá sustituir a la anulada.

En consecuencia, dentro del espacio de indeterminación de los efectos de la anulación de disposiciones reglamentarias —como vimos, comprendido entre la entrada en vigor de la norma y su anulación (62)— estas Sentencias parecen alinarse al lado de la corriente que considera que la anulación de los actos dictados en ejecución de la norma invalidada constituye un efecto automático del primer pronunciamiento.

lo que no podemos deducir otros extremos como es la suficiente probanza de los hechos o el tipo de infracción.

(59) RA 1455/84. El recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1982 responde a una situación análoga a la descrita en la de 15 de enero de 1984. Al igual que el de la STS [3] de 27-1-84 (RA 212/84), cuyo primer considerando transcribe en sus exactos términos, únicamente contiene estos razonamientos jurídicos.

(60) RA 3206/84. Constituye la base de este recurso la apelación, por parte del representante del Estado, de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 1982, estimando en parte el recurso interpuesto contra diversas resoluciones sancionadoras en materia de disciplina de mercado, y en la que se declaraba la caducidad del expediente sancionador respecto a algunos de los expedientes sancionadores y la anulación de los restantes por causa de la invalidez del Decreto de 1974.

La Sentencia del TS confirma la Sentencia de la Audiencia en cuanto a la caducidad de los expedientes, declarando la nulidad de los restantes —en la Sentencia de instancia se había declarado la nulidad de actuaciones— por la invalidación del Decreto de 20 de diciembre de 1974.

(61) RA 4200/85. En este caso se trata de un recurso con la Sentencia de la Sala de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 21 de septiembre de 1982. La infracción imputada se califica como «suministrar información inexacta o documentación falsa».

En este caso, la impugnación de la Sentencia apelada por parte de la Administración se produce por causa de una discrepancia entre la Sala de Instancia y la Administración en la calificación de la falta como grave o leve (Fundamento de Derecho segundo).

(62) Véase cuanto se dijo respecto de los efectos teóricos de la anulación judicial de reglamentos.

B) *La sentencia de la Sala 3.ª TS de 25 de septiembre de 1985:
¿Indisponibilidad de la aplicación al proceso por la eficacia
del pronunciamiento en el campo normativo?*

En la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 20 de septiembre de 1984 (63) se da la particularidad adicional de que ni la sentencia de instancia ni las partes parecen aludir a la nulidad del Derecho, y, sin embargo, la Sala introduce la cuestión sobre la siguiente argumentación:

«Tanto las partes, como la propia Sentencia han silenciado que el Decreto de veinte de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro fue declarado nulo por la Sentencia de esta Sala de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y uno; nulidad que vino ratificada por la de treinta de enero de mil novecientos ochenta y cuatro y quince de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, siendo de recordar que la doctrina que diera lugar a la declaración de nulidad de que se ha servido la Administración para sancionar los hechos imputados a Aceites R. y a la Sala de instancia para enjuiciar y sancionar los referidos hechos el no venir dictaminado el Decreto de referencia por Consejo de Estado..., siendo consecuencia indeclinable de esa nulidad prevenida en el número 1 del artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de derogación o reforma de dicha disposición sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en apelación de la misma cualidad de que no vienen asistidos los actos recurridos» (64).

Sin perjuicio de que la argumentación coincide sustancialmente con la que se analiza como principal dentro de este grupo debemos resaltar el hecho de que de los términos del pronunciamiento se desprenda que ha sido la propia Sala la que introduce esta cuestión. *La nulidad de la disposición altera el derecho aplicable al caso y por lo tanto constituye una cuestión externa al ámbito de disponibilidad de las partes y el Tribunal aparece legitimado para plantear la cuestión, a pesar del silencio de las partes.* Sin embargo tal doctrina, a nuestro juicio, ciertamente impecable, choca contra la aplicación del Decreto de 1974 por fallos anteriores y posteriores, como es el caso de la Sala 4.ª TS de 31 de enero de 1983 (65), o la más reciente de la Sala 3.ª TS de 15 de octubre de 1986 (66) —que sin perjuicio de anular la sanción impuesta declara como adecuado la Constitución del Decreto de 1974 en una especie de *ultra actividad* de la norma—. Estas dos diversas doctrinas plantean problemas importantes que, con posterioridad, será sugerida por algunos fallos.

(63) RA 4200/85.

(64) FJ 3.º.

(65) Ponente: P. Martín Martín (RA 380/83).

(66) Ponente: F. Roldán Martínez (RA 5688/86).

Primero está la naturaleza misma de la anulación de normas mediante Sentencias. El símil de normador negativo con que alguna vez se ha caracterizado esta función no deja de ser una metáfora que nos da una idea de la importancia de la función. Sin embargo, qué se produce por la anulación: un cambio del *status quo* normativo. Pero ¿qué naturaleza tiene dicha anulación? ¿Supone realmente la aparición de una norma anulatoria que deja sin vigor la anterior? Mientras que la eficacia normativa se nos aparece como clara, no así la del mismo acto anulatorio. Y lo que hace el Tribunal al traer de oficio la cuestión de la anulación es aplicar la anulación. Existen muchas razones a favor —con las que sipatizamos, además— para aceptar la doctrina de la Sentencia de 20 de septiembre de 1985, sobre todo la de racinalizar y dar una eficacia real a la anulación de las Sentencias.

Pero no podemos ocultar la existencia de datos en contra, como puedan ser: a) la imposibilidad práctica de conocer con certeza qué normas han sido anuladas, sobre todo cuando dicha declaración se puede producir en diversas instancias —véase el caso de las Ordenanzas locales— y en diversos cauces —recurso directo o indirecto (67)—; b) la anulación se produce mediante un pronunciamiento judicial que, sin perjuicio de su eficacia normativa, no constituye una norma en sí, por lo que, en principio, no le alcanza la aplicación del principio *iura novit curia*, y c) a pesar de su publicación, que, por cierto, tiene su fundamento en el artículo 120.2 LPA, sin que exista disposición normativa expresa en este sentido, no se produce dentro del apartado de disposiciones generales —como sí ocurre con las Sentencias del Tribunal Constitucional—, sino en el apartado de anuncios, lo que permite poner en duda la calidad normativa de la anulación.

En segundo lugar, igualmente plantea el problema de qué norma aplicar, si la vigente en el momento del acto o en el de dictarse la Sentencia. La cuestión, que enfrenta a dos concepciones del proceso, tiene su importancia. Si se aceptara que el esquema normativo aplicable es el de la emisión del acto recurrido, el sujeto del mismo sólo podría eludirlo mediante el recurso indirecto —que, por otro lado, en este caso sería no aceptable por haber sido invalidado el Decreto de 20 de diciembre de 1974, por motivo no esgrimible en esta vía, según una consolidada jurisprudencia (68)—. Esta última solución limitaría los efectos retroactivos de la Sentencia anulatoria del reglamento respecto de los actos no recurridos y en aquellos casos en que su impugnación no se hubiera cuestionado la validez de la norma (69). Por el contrario, la tesis de la aplicación del derecho vigente al momento de dictarse el fallo implica dotar a aquel que declaró la nulidad de una eficacia re-

(67) Si se admite que en este último caso se produce una verdadera anulación.

(68) Véase, al respecto, mi trabajo *Los efectos de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de Disposiciones generales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pendiente de publicación en la Revista «Poder Judicial».

(69) La Sentencia anulatoria original tendría un efecto constitutivo de alteración del Ordenamiento aplicable y que, en consecuencia, no tendría efectos retroactivos.

troactiva respecto de las situaciones nacidas al amparo de la disposición invalidada, pero nacidas —e incluso algunas derogadas— con anterioridad a la Sentencia anulatoria.

Sin perjuicio de que ahora no podamos analizar en profundidad estos problemas, sí podemos resaltar la dificultad de dar una solución a este problema. Como ya hemos sugerido con anterioridad (70), existe la posibilidad de erigir frente a la tesis tradicional, ligada al mecanismo de la anulación y los consiguientes efectos *ex tunc* del pronunciamiento, otra que, al otorgar una eficacia constitutiva a la Sentencia, convierte la cuestión de la nulidad de la norma en *ius superveniens* y, en consecuencia, limitando radicalmente sus efectos. Quede planteada la cuestión, en la que, como hemos adelantado, no vamos a entrar, por no alargar excesivamente este trabajo y no alejarnos del problema principal como es la eficacia del tiempo como efecto modulador de la anulación de Disposiciones reglamentarias por Sentencia judicial.

3. *Nulidad de actuaciones por extensión de la eficacia general de la Sentencia anuladora del Decreto de 20 de diciembre de 1974*

A) *La eficacia general de las Sentencias contencioso-administrativas.*

Un planteamiento diferente lo encontramos en la Sentencia de la misma Sala 3.ª de 20 de febrero de 1984 (71). El fallo desestima el recurso interpuesto por la representación del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional (72) en que se declaraba la nulidad de las sanciones impuestas. El razonamiento del Tribunal Supremo es el siguiente:

«Considerando; Que las alegación del Abogado del Estado, parte apelante, carecen de soporte jurídico para enervar los certeros y sólidos argumentos contenidos en los considerandos de la sentencia de primera instancia, que aceptamos, y que aunque por sí solos son suficientes para motivar su configuración conviene hacer las siguientes precisiones: a) que en esencia, la cuestión planteada gira en torno de los efectos generales *erga omnes* que producen las sentencias anulatorias en los procesos contencioso-administrativos; b) la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —sentencias de 22 de septiembre de 1967, 16 de junio de 1969, 25 de junio de 1971, 23 de enero de 1973, 23 de marzo de 1979, 4 de diciembre de 1981 y 24 de noviembre de 1983,

(70) Véase cuanto se dijo al respecto en el comentario de las STS [3] de 29-4-83 y 21-9-83 (Ponente: José Luis Ruiz Sánchez, y referencias RA 6043/83 y RA 4617/83, respectivamente).

(71) Ponente: Julio Fernández Santamaría (RA 971/84). Se trata de un recurso interpuesto contra una sanción impuesta por el Ministerio de Comercio de 29 de mayo de 1979, confirmando la de otro órgano de 14 de noviembre de 1978.

(72) Como las anteriores, de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en este caso de fecha 3 de mayo de 1982.

entre otras— tienen declarado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86-2 de la Ley Jurisdiccional, las sentencias que anulen el acto o la disposición recurridas producen efecto no sólo entre las partes, sino también respecto de las personas afectadas por las mismas, de cuyo precepto se desprende el poder expansivo de las sentencias anulatorias citadas, mediante el cual extiende sus efectos a terceros que se encuentran respecto del acto o disposición anuladas en idéntica situación que los recurrentes, amparando intereses legítimos fuera del área del litigio, que pueden acogerse a lo más favorable en igual forma que los que litigaron, ampliando los límites subjetivos del anterior pronunciamiento; c) en sentencia de 18 de marzo de 1981, se declara la nulidad Decreto 3632/1974 de 20 de diciembre, el que precisamente sirvi de apoyo legal a las sanciones impuestas en los actos administrativos, pues los hechos declarados probados se estimaron constitutivos de infracciones administrativas previstas y tipificadas en dicho Decreto; *por tanto, la sentencia anulatoria deja sin contenido el presente pleito, ya que al resolverlo sería obligado entrar a examinar y valora los preceptos legales inexistentes por haber sido invalidados en vía jurisdiccional*; sin que, por otro lado, tengamos que partir de una situación jurídica de firmeza de las resoluciones administrativas, cual pretende el Abogado del Estado, y analizar sin más la aplicación de la disposición anulada en el momento en que tenía vigencia, pues esto sería desconocer que los actos administrativos, en tanto permanecen recurridos en vía jurisdiccional, carecen de la calidad de firmeza; situación procesal que permite entrar en juego al efecto expansivo de las sentencias anulatorias en los procesos contencioso-administrativos establecidos en el artículo 82-3.º de la Ley Jurisdiccional» (73).

(73) Considerando 1.º (el subrayado es nuestro).

Hay que advertir que los antecedentes que cita esta Sentencia para subrayar la acogida por los Tribunales de esa eficacia general no se refieren en su mayoría a normas, en el más estricto sentido de la palabra. En este sentido:

I. La STS [5] de 22-9-67 (Ponente: A. Algara Saiz, RA 3388/67) se refiere a los efectos de la cosa juzgada de la anulación de una convocatoria de oposiciones a Médicos de Beneficencia Provincial de Madrid, que ya había sido anulada por STS [5] de 19-5-64 (Ponente: J. M. Suárez Vence, RA 3674-64).

II. La STS [5] de 19-6-69 (Ponente: E. de No Louis, RA 3451/69), que aplica la nulidad de actuaciones decretada de un acuerdo de necesidad de ocupación dentro de un procedimiento expropiatorio.

III. La STS [4] de 25-6-71 (Ponente: E. Medina Balmascda, RA 3842/71) establece la eficacia general de su pronunciamiento respecto de la inclusión en el registro de solares.

IV. La STS [4] de 22-1-73 (Ponente: J. Becerril y Antón-Miralles, RA 372/73), que analiza la expansión de la cosa juzgada de la anulación de la declaración de ruina.

La argumentación gira alrededor de la fuerza de cosa juzgada de la Sentencia de 18 de marzo de 1981. Este efecto consiste, en palabras de GUASP: «El proceso, en virtud de la figura de la cosa juzgada, se hace inatacable y cosa juzgada no quiere decir, en sustancia, sino *inatacabilidad* de lo que en el proceso se ha obtenido» (74). En su vertiente material —es decir, como «*inatacabilidad indirecta o medita de un resultado procesal*, el cierre de toda posibilidad de que se emita, por vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad» (75)—, impide la reiteración la discusión de una situación sobre la que ya se ha manifestado el Tribunal. Respecto de la tentativa de abrir un nuevo proceso la cosa juzgada puede ser alegada como excepción perentoria (76). Sin embargo, hay que tener en cuenta que para su plena operatividad la regla general es que sea necesaria una identidad sustancial que tradicionalmente se conoce como la regla de las tres identidades (77).

V. La STS [4] de 23-3-79 (Ponente: J. L. Ponce de León, RA 1412/79), que aplica la anulación de determinadas bases de una convocatoria para acceder a la condición de maquinistas.

VI. La STS [5] de 4 de diciembre de 1981 (Ponente: J. Díaz de Lope Díaz y López, RA 4837/81) aplica los efectos del reconocimiento de un determinado coeficiente retributivo a un colectivo de funcionarios.

Si bien es cierto que el párrafo 2 del artículo 86 se refiere indistintamente a actos y acuerdos al dotar a la Sentencia de efectos generales, lo cierto es que al acumularse la eficacia general de la cosa juzgada a la también eficacia general de la desaparición de la norma general se pueden producir algunos efectos distorsionantes, a los que más adelante haremos alusión.

(74) *Derecho procesal*, I, pág. 548. La eficacia de esta institución se desenvuelve en el campo procesal eliminando la eventualidad de un fallo sobrevenido diferente (*Derecho procesal*, I, págs. 549 y ss.). Por ello, en su fundamentación conecta no sólo en el principio de seguridad jurídica, sino en la función como órgano de satisfacción de pretensiones, una vez resuelta la función está cumplida (GUASP, citado por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios LJCA*, págs. 1003 y 1004). Son requisitos para que el pronunciamiento produzca estos efectos que la Sentencia ha de ser firme (GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios LJCA*, págs. 1004 y 1005).

(75) GUASP, *Derecho procesal*, I, pág. 553.

(76) Artículos 544 y 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(77) La eficacia de la cosa juzgada material está dominada por la *regla de las tres identidades*, que exige, para que entre en juego, la identidad de las partes, del objeto y la causa o razón de pedir; sin embargo, como se ha resaltado, a pesar de ser ésta la línea a la que se adhiere el Derecho español, es errónea por incompleta (*Derecho procesal*, I, págs. 558 y 559). Por ello, GUASP formula como criterios delimitadores de esta eficacia los referentes al sujeto, al objeto y a la actividad del proceso (*op. cit.*, pág. 559). En cuanto a los límites subjetivos, la cosa juzgada, la identidad de las partes, bien sean las personas físicas que efectivamente participaron en el proceso o sus causahabientes (*Derecho procesal*, I, pág. 560, y art. 1252 del Código Civil). Sólo excepcionalmente, la Sentencia tiene el efecto de cosa juzgada frente a todos; en concreto, tal eficacia se limita a las sentencias relativas al estado civil de las personas o respecto de la nulidad de las disposiciones testamentarias (*op. cit.*, pág. 560). Igualmente se requiere para la virtualidad de la cosa juzgada la identidad del objeto o pretensión, que implica tres grandes elementos: sujeto, objeto y causa de pedir (*op. cit.*, pág. 561). También se exige la congruencia de los requisitos de la actividad, lo que, en concreto, se plasma en la existencia de unos límites por razón del territorio; no opera fuera del territorio nacional, por razón del tiempo, lo que exige un mantenimiento de las circunstancias en las que se adoptó el fallo y res-

Estas restricciones no juegan de forma absoluta en el proceso contencioso al indicar el artículo 86.2 LJCA: «La sentencia que anulare el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos.» Ello significa, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, en la desaparición de efectos jurídicos de la disposición cualquiera que fuera la persona afectada (78).

La Sentencia que estudiamos fundamenta la inaplicabilidad del Decreto de 1974 en la eficacia *erga omnes* de las Sentencias estimatorias establecida en el artículo 86-2 LJCA. Vinculada a la eficacia de *cosa juzgada material* de este tipo de Sentencias que impide una reconsideración sobre la misma cuestión: por eso la Sentencia indica «deja sin contenido el presente pleito», recordando la causa de inadmisibilidad que tipifica el artículo 82.c) LJCA, que en este punto no puede ser calificada de excepción, puesto que quien la alega es el acto que pretende la Sentencia estimatoria que anule el Reglamento.

Ahora bien, la Sentencia no anula simple y llanamente las sanciones impuestas, sino que se limita a confirmar la Sentencia de instancia que imponía la anulación de actuaciones —a la vista de la anulación del Decreto de 20 de diciembre de 1970—, y la reapertura del expediente conforme a la normativa aplicable si a ello hubiera lugar (79).

B) *Eficacia general de las Sentencias y los efectos de la nulidad de conformidad con el artículo 120.1 LPA.*

Esta doctrina se ve reiterada en otras Sentencias del mismo ponente, como son las de 24 de marzo de 1984 (82), 7 de junio de 1984 (81), 25 de octubre de 1984 (82), 1 de febrero de 1985 (83). En estos fallos se precisa algo más los efectos.

a) La eficacia se ve refrendada expresamente al indicarse:

«Que la sentencia de primera instancia anula la resolución administrativa impugnada, retrotrayendo las actuaciones, en base a que la cobertura legal de la sanción impuesta —por infracción de la disciplina de mercado en cuanto al peso del pan— la proporciona el D 3632 de 20 de diciembre

pecto de la forma, va que ésta se proyecta únicamente respecto del fallo y no en relación con la motivación (GUASP, *op. cit.*, págs. 561 a 570).

(78) *Comentarios LJCA*, cit., pág. 1051.

(79) STS [3] de 20-2-84 (RA 971/84).

(80) RA 1487/84. Dictada en el recurso de apelación contra la Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

(81) RA 3181/84, sobre el que volveremos más adelante.

(82) RA 4747/84. En recurso de apelación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1982.

(83) RA 455/85. Dictada en apelación interpuesta por la representación del Estado contra la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Nacional de fecha 2 de octubre de 1982.

de 1974, y este texto legal ha sido anulado por sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1981; y al no ser firmes los acuerdos sancionadores recurridos, *la anulación de la disposición legal que le servía de apoyo comporta la automática anulación del acto recurrido de conformidad con el artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo*» (84).

b) Se reafirma el efecto *ex tunc* de la invalidez del reglamento al rechazar la pretensión de la parte apelante de que «dada la naturaleza revisora de la jurisdicción, ésta viene llamada a enjuiciar la legalidad de los actos administrativos a la vista de la normativa vigente al tiempo de dictarse, sin que, por tanto, la derogación o revocación ulterior de una norma reglamentaria pueda justificar la anulación de actos pretéritos dictados a su amparo mientras aquélla permanecía en vigor y no había sido anulada». La aplicación de la nulidad del reglamento no es disponible, tiene eficacia general y retroactiva; la invalidez recorre la totalidad de la vida de la norma viciando todos los actos de aplicación, salvo los que hubieren quedado firmes. Esta construcción cierra el paso, pues, a una eficacia meramente prospectiva en el sentido en que se ha enunciado en el comentario al grupo anterior de Sentencias.

A efectos prácticos no existe mucha divergencia entre las Sentencias comentadas al principio y la doctrina que deja sentada ésta. La referencia a la firmeza permite dejar ver que esa eficacia expansiva juega de la cosa juzgada o la eficacia retroactiva de la anulación juega únicamente respecto de los actos no firmes, para los que el efecto invalidante también parece ser automático —recuérdese que deja sin contenido a la litis—. De esta forma, y sin perjuicio de lo que se comentará más adelante, el artículo 120.1 LPA aparece como caparazón dentro del cual juega la eficacia expansiva de las Sentencias establecidas en el artículo 86-2 LJCA, *per* siempre, respecto de los actos no firmes.

No obstante, si hay que hacer alusión a la peculiaridad que respecto de este efecto general produce que el objeto de la anulación sea un reglamento cuya desaparición, *ex definitione*, debe producir también efectos generales. Sobre este tema volveremos más adelante.

C) *¿Nulidad de actuaciones como efecto aplicativo de la anulación del Decreto?*

Para terminar, resaltar el peculiar efecto de nulidad de actuaciones que se establecen por las Sentencias de instancia y que se confirman por el Tribunal Supremo. Este pronunciamiento podemos detectarlo

(84) Considerando 1.º de la Sentencia de 24 de marzo de 1984 (RA 1487/84) y de la de 24 de octubre de 1984 (RA 4747/84), y considerando 5.º de la Sentencia de 7 de junio de 1984 (RA 455/85). El subrayado es nuestro.

en los siguientes fallos —a los que ya hemos hecho alusión—: 15 (85) y 24 de marzo de 1984 (86), 25 de octubre de 1984 (87), 1 de febrero de 1985 (88); sin embargo, en ellas se da el dato común de no aparecer en la fundamentación de la Sentencia —incluso se diría que se deduce la invalidez absoluta de la sanción recurrida— y, en consecuencia, producirse por la confirmación de la Sentencia de instancia que en los mismos se contiene (89).

Sí, encontramos tal referencia expresa en la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 7 de junio de 1984 (90). En este caso la Sentencia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia anulatoria de la Audiencia Nacional (91), apreciando la caducidad del expediente sancionador por superación de los plazos legales establecidos al efecto.

El Tribunal Supremo discrepa de la aplicación de dicha técnica y declara concluidos en plazo los expedientes sancionadores. Sin embargo, la solución material del caso implica el planteamiento de la cuestión de la eficacia de la nulidad del Decreto de 1974. Y en este caso la solución es parcialmente distinta.

La Sala indica en el Considerando 5.º de la Sentencia:

«... al entrar en el fondo del asunto surge como prioritario contemplar que la cobertura legal de la sanción impuesta la proporciona el Decreto 3632/1974, de 20 de diciembre —precisamente la infracción prevista en su artículo 5.º— y este texto legal ha sido anulado por esta Sala en sentencia de 18 de marzo de 1981; y como hemos sentado en casos similares —sentencias de 20 de febrero y 24 de marzo de 1984, entre las más recientes— al no ser firmes los acuerdos sancionadores recurridos, la anulación de la disposición legal que servía de apoyo comporta la automática anulación del acto recurrido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ya que la sentencia que anule un acto o disposición recurrida produce efectos *erga omnes*, esto es, sólo entre las partes, sino también respecto de las personas afectadas por los mismos, de cuyo precepto se desprende el poder expansivo de la sentencia anulatoria, mediante el cual extiende sus efectos a terceros que se encuentran respecto del acto o disposición anuladas en idéntica situación que los

(85) RA 1455/84.

(86) RA 1487/84.

(87) RA 4747/84.

(88) RA 455/85.

(89) También debemos citar aquí la STS [3] de 20-3-86 (Ponente: J. Garralda Valcárcel, RA 1141/86), que únicamente se ocupa del concepto de firmeza del acto.

(90) Ponente: Julio Fernández Santamaría (RA 3181/84).

(91) Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 1984.

recurrentes, amparando intereses legítimos fuera del área del litigio, que pueden acogerse a lo más favorable en igual forma que los que litigaron, ampliando los límites subjetivos del anterior pronunciamiento, dado que la sentencia de 18 de marzo de 1981, al declarar la nulidad del Decreto 3632/74, que sirvió de apoyo legal a la sanción impuesta, deja sin contenido el presente pleito, ya que al resolverlo sería obligado entrar a examinar y valora los preceptos legales inexistentes por haber sido invalidados en vía jurisdiccional. Por tanto, procede retroceder las actuaciones al momento procesal anterior a la resolución administrativa impugnada, al objeto de a lo recogido en el acta de inspección se le tipifique, en su caso, en las infracciones contenidas en la legislación aplicable, pero no en el Decreto 3632/74, anulado judicialmente».

Lo realmente novedoso de este fallo está contenido en el último inciso: la conservación de actuaciones en el expediente sancionador (92). Es preciso reflexionar brevemente sobre esta solución.

La desaparición de la norma de cobertura se equipara a un defecto de procedimiento, ordenándose la devolución del expediente al momento en que se produjo la calificación de los hechos para que se proceda a realizarse conforme a la normativa en vigor. Adquiere así el momento de la calificación una sustantividad propia no siempre reconocida por el Tribunal Supremo (93). Pero lo que parece más interesante es que mediante este pronunciamiento el Supremo parece eludir un pronunciamiento sobre el fondo que, por ser exculpatorio, permitiría eludir la acción represiva del Estado. Es evidente que lo que persigue es lograr el menor daño posible a la acción sancionadora de la Administración. Con esta Sentencia deja vivo el expediente sancionador —suponemos que en el ánimo de la Sala pesa la reprobabilidad de la conducta que aparece acreditada en el expediente—, sin perjuicio de que la calificación realizada por la Administración.

Ahora bien, la intención de la Sala tampoco parece fácilmente admisible por dos razones: *a)* por la dificultad de que los efectos sancionadores que se pretendan surtan efecto seis años después de su comisión, de tal forma que probablemente la sanción no cumpliría las finalidades retributivas de la misma, si es que era adoptada válidamente —recuérdese que hay que repetir el procedimiento—, y si no se interponían impedimentos a su ejercicio como pudiera ser una eventual caducidad del expediente o la prescripción; *b)* en segundo lugar, porque no se comprende por qué el TS, en esta ocasión, no ha procedido a hacer uso de las amplias facultades que se reconoce a sí mismo, en materia recalifi-

(92) Hay que resaltar que el mismo Ponente de sentencias coetáneas a la que estudiamos no había adoptado expresamente esta resolución.

(93) Véase mi comentario *Plenitud del control judicial en la fase de apelación y calificación de infracciones administrativas*, «PJ», 6, 1987, págs. 145 y ss.

cación de infracciones, cuyos riesgos hemos comentado en otro trabajo (94). De hecho esta particular eficacia sólo podría producirse en ámbitos como el sancionador, a los que la jurisprudencia del Tribunal de Juicio sobre los hechos, una vez establecidos los cuales la tipificación es una mera cuestión legal de subsunción en la definición que de las infracciones haga la norma. Por ello, una vez probados los hechos, éstos son susceptibles de ser sancionadas por la aplicación del tipo procedente. Si el tipo original desaparece por haber sido declarado nulo la potestad *puniendi* puede encontrar cobijo bajo otra norma, permaneciendo estable la probanza de los hechos (95). Hay que resaltar, sin embargo, que la primera consecuencia de este aserto es debilitamiento de la cohesión en el binomio acto o sanción y norma que la establece y tipifica, y facilita la posibilidad de intercambiar tipificaciones sobre un mismo hecho que implica una cierta existencia independiente del acto de aplicación (96).

4. *Nulidad del acto aplicativo no firme por la eficacia «ex tunc» de la anulación del Decreto*

La eficacia originaria o *ex tunc* queda específicamente indicada en la Sentencia de la Sala 3.^ª TS de 9 de abril de 1984 (97), con la consiguiente eficacia anulatoria del acto aplicativo. La resolución judicial conoce de una impugnación de la imposición de una multa en materia de Disciplina de Mercado, por motivo de haberse producido la caducidad del expediente por inactividad de la Administración. La Sentencia de instancia no aprecia la caducidad con argumentos que son aceptados por la Sala *ad quem*. Sin embargo, desestima la apelación promovida por el Abogado del Estado por apreciar que la anulación del Decreto de 20 de diciembre de 1974 implica su invalidez originaria y no puede servir de cobertura legal de la sanción decretada.

«Que la sanción impuesta a la sociedad recurrente tuvo como norma habilitante el Decreto 3632/1974 de 20 de diciembre que regulaba la materia de disciplina de mercado, mas esa disposición fue anulada por sentencia de esta Sala de fecha 18 de marzo de 1981 que la declaró sin efecto jurídico alguno, aun cuando no había ganado firmeza la sanción decretada a su amparo y por consiguiente al

(94) A. E. DE ASÍS ROIG, *Plenitud del control judicial en la fase de apelación y calificación de infracciones administrativas*, «PJ», 6, 1987, págs. 145 y ss.

(95) Sobre el tema me remito al comentario *Plenitud del control judicial...*, cit., págs. 157 y ss.

(96) Sin perjuicio de que sobre este tema volveremos más adelante, este camino emprendido nos llevará a reencontrarnos con la posición original de admisión de la utilización del Decreto de 1966 para dar cobertura a los actos sancionatorios en materia de Disciplina de Mercado.

(97) Ponente: José Garralda Valcárcel (RA 1909/84).

haber perdido su eficacia y valor aquella norma, por vicio de origen padecido en su elaboración, no puede servir de cobertura legal de la sanción decretada, ni legítimamente del acto que la impuso, que por lo tanto debe declararse asimismo nulo por no ser ajustado a Derecho» (98).

La Sentencia es clara en lo que respecta al carácter de la invalidez: es originaria. Por ello, no puede considerarse cobertura suficiente —subyace un problema de tipicidad que se repetirá más adelante—, y, en consecuencia, el acto debe ser declarado nulo (99).

5. *Nulidad del acto aplicativo por adherencia de éste a la norma que le tipifica*

La Sentencia de la Sala 3.^ª de 2 de mayo de 1984 (100) comienza el planteamiento de la búsqueda de una normativa que colme el vacío normativo producido por la anulación. En este ocasión la representación del Estado alega dos razones para impugnar la Sentencia de instancia: 1.^ª «que los actos sometidos a revisión jurisdiccional no encuentran su apoyo legal exclusivamente en el Decreto 3632/1974 de 20 de diciembre», y 2.^ª no aparece «acreditado en autos la publicación de la Sentencia indicada en el “BOE” o de la Provincia».

Ambas cuestiones tienen una gran importancia dentro de nuestro estudio. En relación con la primera, vemos aparecer ese principio de adherencia del acto a la norma que hemos indicado al comentar las Sentencias anteriores —implícito al planteamiento del principio de «arrastre» de los actos por la anulación de la norma de cobertura mediante la interpretación a contrario del artículo 120.1 LPA—. Indica la Sentencia que:

«... la mera lectura, de los actos impugnados pone de manifiesto que la *única norma tipificadora de las infracciones administrativa en la rama de la Administración de que se trata y a cuyo amparo se sanciona, es el Decreto citado*» (101).

El principio de adherencia es muestra en el binomio *acto-norma tipificadora en el ramo de la Administración de que se trata*. Esta declara-

(98) Considerando 3.^º.

(99) Esta argumentación lleva implícita la argumentación del artículo 120.1 a contrario, que analizábamos al comenzar nuestro comentario; sin embargo, por poner el acento en los efectos de la declaración de nulidad y no aludir expresamente al mencionado artículo 120.1, nos ha parecido más adecuado un tratamiento autónomo.

(100) Ponente: José Garralda Valcárcel (RA 2855/84).

(101) El subrayado es nuestro.

ración parece proscribir la posibilidad esgrimida por TORNOS —y que en gran medida es la figura central de la posición favorable a la conservación inicial de los actos— de encontrar una cobertura alternativa a la anulada. Esta búsqueda deberá hacerse dentro del mismo ramo.

En cuanto al rechazo de la segunda, la Sentencia indica que:

«... de la misma forma que la promulgación de una disposición se produce con carácter general por su publicación en el “BOE” y el transcurso del lapso de tiempo fijado, según lo previsto al efecto en el artículo 2.º del Código Civil, y no precisa acreditarse aquella inserción en el “Diario Oficial” en cada acto de aplicación individual de la norma promulgada, la anulación de una Disposición General por vía jurisdiccional, surtirá efecto una vez publicada conforme al precepto invocado, sin que sea preciso acreditar en cada caso aquella publicación, ante la permanente publicidad que su inserción den el Boletín correspondiente le confiere...» (102).

6. *Nulidad atenuada de los actos no firmes e imposibilidad de sustituir la cobertura, por normas anteriores, que fueron derogadas, o por posteriores, debido al principio de irretroactividad que rige en materia sancionadora*

Los efectos generales de una norma están analizados en la Sentencia de la Sala 3.º TS, de 21 de octubre de 1986 (103), en la que se equipara la anulación con el efecto derogatorio y se recoge casi de forma literal la tesis del principio de mantenimiento del acto y enjuiciamiento independiente del mismo, aunque, a decir verdad, las consecuencias prácticas difieran parcialmente de las que cabría esperar de esa doctrina.

A) *Los efectos aplicativos: invalidez condicionada*

El Fundamento Jurídico segundo indica:

«... la anulación judicial de una norma en su totalidad equivale al acto de derogación y, en consecuencia, tiene idéntico carácter general. No se trata, pues, hablando con propiedad de una eficacia *erga omnes*, la cual supone precisamente un pronunciamiento singular, dotado de fuerza expan-

(102) Considerando 1.º, *in fine*, de la STS [3] de 2-5-84 (RA 2855/84).

(103) Ponente: Rafael Mendizábal Allende (RA 5771/86). Hay que indicar que en este recurso se le imputa una naturaleza reglamentaria del Decreto de 20 de diciembre de 1974, que más adelante tendrá una importancia notable a la hora de reinterpretar el proceso histórico.

siva, según se dice en otra resolución de esta Sala, dictada el 25 de octubre de 1984. Se está en presencia simplemente de la desaparición de una norma jurídica y su efecto tan inmediato como automático consiste en dejar sin cobertura a los actos administrativos de aplicación individual. La última de las dos sentencias más arriba citadas así lo entendió en un caso sustancialmente idéntico al que ahora nos ocupa, como consecuencia de una sanción impuesta por el mismo órgano administrativo con igual fundamento, a una sociedad anónima del ramo de la alimentación. Las conclusiones expuestas aparecen previstas en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuyo párrafo primero equipara anulación y derogación (o reforma) de las disposiciones generales y permite tan sólo la subsistencia de los actos firmes derivados de las mismas».

Como podemos observar, la doctrina mantenida por esta Sentencia parece conectar con algunas de las tesis enunciadas con anterioridad. Sin embargo, la necesidad de conservar los actos empieza a aparecer en el contenido de los pronunciamientos. El efecto inmediato y automático no es la anulación del acto, sino la desaparición de su cobertura jurídica; la anulación de la norma reglamentaria no implica, por sí, la anulación de su aplicación, si bien tampoco se adopta una postura clara en relación con las consecuencias de la anulación *medio tempore*. En el orden práctico, éstas no serían muy diferentes a otras mantenidas en Sentencias anteriores a la vista de la interpretación del artículo 120 que se mantiene al decir que «permite tan sólo la subsistencia de los actos firmes derivados de las mismas». ¿Es realmente congruente este planteamiento con la enunciación de la doctrina del enjuiciamiento independiente de los actos? Es difícil contestar, pero hay que advertir que parece atisbarse un cierto sesgo de automatismo entre anulación de la norma e invalidez de los actos dictados a su amparo.

Una última consideración en relación a este fundamento. La Sentencia extrae el problema de los efectos de la noción de cosa juzgada y de su fuerza expansiva dentro del ámbito contencioso para extraer la aplicación general, de la misma naturaleza normativa del Decreto impugnado. Si válidamente afecta a todos su invalidación también debe afectar a todos. Este razonamiento tiene una importancia fundamental: el efecto expansivo de cosa juzgada tiene una proyección subjetiva evidente.

B) *Efectos normativos: la incidencia de la materia sancionadora y el principio de confianza.*

Ahora bien, concentrándonos en el ámbito normativo, el Fundamento jurídico tercero indica que:

«Finalmente conviene destacar —por una parte— que la derogación de una norma por sí misma, no hacer recuperar la vigencia a las derogadas por ella y por otra parte, no cabe dotar de eficacia retroactiva a las disposiciones dictadas para sustituir a las anuladas judicialmente si se recuerda su naturaleza. El artículo 9.º de nuestra Constitución es tajante al establecer la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, en coherencia con la proclamación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el artículo 25. Nuestro ordenamiento rechaza en este campo las leyes *ex post facto* con toda firmeza. En consecuencia la anulación judicial del Decreto 3632/1974 produjo un vacío temporal que conlleva a la impunidad de las conductas en él tipificadas durante ese paréntesis. Así ocurre en este caso, pues los hechos que se declaran probados en la resolución del director general de Consumidores sucedieron entre el 2 de octubre de 1975 (día de la inauguración del Colegio) y de 4 de febrero de 1976 (fecha de la última acta de inspección). Es obvio, en otro aspecto, que tal acto y el subsiguiente del Ministro no han llegado a adquirir la firmeza procesal que les permitiría subsistir incluso desprovistos de su soporte originario.»

Esta sustanciosa argumentación merece un comentario especial.

a) En primer lugar, parece claro que el fallo rechaza la posibilidad de sustituir la normativa aplicada y declarada nula bien por la normativa anterior y por ella derogada —en este caso representada por el Decreto de 1966— y menos por la normativa posterior. Ello significa el rechazo a las proposiciones de TORNOS para reducir el vacío normativo de la legislación (104). Ni la legislación derogada-subrogada, ni la legislación posterior que le sustituya a la anulada pueden ofrecer un enganche eficaz a los actos de ejecución de del Decreto de 1974. Es más, la Sentencia reconoce la existencia de «un vacío temporal que conlleva a la impunidad de las conductas en él tipificadas durante ese paréntesis».

b) En segundo lugar, frente a la reviviscencia de la normativa anterior el fallo ha utilizado el efecto derogatorio de la estimación del recurso administrativo, establecido en el párrafo 1.º del artículo 120 LPA. En efecto, la invalidación no significa la *resurrección* del Decreto de 1966. Por eso, dado que ni la retroacción de la normativa posterior, y mucho menos el reflujó de la normativa anterior puede sustituir al Decreto de 1974, es por lo que se produce ese vacío normativo.

En análogo sentido al mantenido en este fallo se manifiesta el Fun-

(104) Véase la primera parte de este capítulo.

damento jurídico segundo de la Sentencia de la Sala 3.^o de 20 de marzo de 1987 (105), que indica:

«... [la] Sentencia de 18 de marzo de 1981, declaró la nulidad del referido Decreto, y la derogación de un Decreto no conlleva que recobren vigencia las disposiciones que ésta hubiera, a su vez, derogado por los que cabe “resucitar” el anterior Decreto 3052 de 1966, pues a la dicha en que se produjeron los hechos constitutivos de la infracción ya no estaba vigente, y al aplicarla se vulnerarían los principios generales de seguridad jurídica, sancionando al expedientado por un precepto que realmente no existía en la fecha en que se produjeron los hechos, al estar ya anulado el Decreto 3632/74 de 20 de diciembre...» (106).

c) En tercer lugar, debemos preguntarnos por las consecuencias de ese vacío normativo. Según la sentencia producen la “impunidad de las conductas tipificadas”. El sentido exacto de esta afirmación puede provocar serios problemas de interpretación congruente del fallo mismo. Por un lado, dicha impunidad se produce por la falta de cobertura, la desaparición de la sanción: ¿quiere esto decir que son nulas las sanciones impuestas? (107). Si extendemos la utilización del principio de tipicidad utilizado para rechazar la aplicación retroactiva de normas, es evidente que debiera ser así. Y si la falta de cobertura produce la nulidad, deberemos preguntarnos si esto es automático, con lo que entraríamos en abierta contradicción con la tesis del mantenimiento del acto, o se refiere únicamente a los actos sancionadores.

d) Por último, si la falta de cobertura produce la nulidad o la impunidad por falta del tipo de las sanciones ya impuestas, ¿cómo mantener aquéllas que hubieran sido declaradas firmes? Es difícil mantener la procedencia de una sanción cuando el tipo fue anulado. Y mucho más cuando dicha firmeza se produjo acaso por falta de recurso del interesado.

7. *El límite de los actos firmes a que se refiere el artículo 120.1 LPA se refiere a aquellos que lo fueran de forma absoluta y no a los que simplemente lo fueran en vía gubernativa*

La Sentencia de la Sala 3.^o TS de 20 de marzo de 1986 analiza el concepto de acto firme a los efectos del límite de la retroacción de efectos

(105) Ponente: F. Roldán Martínez (RA 1976/87).

(106) Fundamento Jurídico 2.^o.

Esta Sentencia también declara la nulidad de las sanciones por razón de incompetencia, dado el cambio de atribuciones operado por el Decreto de 1974 y que ahora, por su anulación, se devolvía a la distribución del artículo 1966.

(107) La automaticidad entre nulidad de Decreto y anulación de los actos dictados en su ejecución aparece de forma explícita, dentro de esta línea argumentativa, en la Sentencia de esta misma Sala de 30 de marzo de 1987.

que establece el artículo 120 LPA. La cuestión se deriva de la dificultad de que tal previsión se encuentra recogida en la Ley de Procedimiento Administrativo y no en la rituaria procesal (108), junto con la equivoicidad del término de acto firme. El Tribunal Supremo intenta aclarar la cuestión en los siguientes términos:

«la apela el defensor de la Administración, únicamente por disentir de la misma en orden a la interpretación del artículo 120.1 de la ley de procedimiento administrativo, al entender que el acto administrativo anulado era firme y ha de quedar subsistente... argumentando en favor de esas tesis en el sentido de que evidencia la firmeza de los actos anulados "el hecho de haberse interpretado contra los mismos recurso contencioso-administrativo, ya que si no lo fueren el recurso hubiere sido inadmisibile en aplicación del artículo 82.c) y 37.1 de la Ley Jurisdiccional"; mas este razonamiento no es aceptable, puesto que el concepto procesal de resolución firme de carácter definitivo, es sinónimo de aquélla contra la que no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas... mientras el referido artículo 120.1 habla de acto firme habrá de entenderse con el mencionado significado procesal expuesto» (109).

VI. LA REVIVISCENCIA DEL DECRETO DE DISCIPLINA DE MERCADO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1966

1. *Planteamiento: la inseguridad jurídica de la falta de Ordenamiento aplicable*

La Sentencia de 21 de octubre de 1986 plantea el problema capital de la anulación efectiva de reglamentos: el ordenamiento aplicable tanto tras la anulación durante la vigencia de la norma. Y estos problemas se agudizan si la actitud de la Administración es torpe. Siete años duró la impugnación directa del Decreto de 20 de diciembre de 1974, y aun así, hasta 1983, no se dictará una nueva norma.

Sin embargo, los efectos inmediatos de tal "torpeza" no van a recaer sobre la Administración, que podría haber realizado, al día siguiente de la impugnación, una norma con igual contenido pero formalmente correcta. Como veremos a continuación, el Tribunal Supremo va a eludir el vacío normativo que implica la desaparición del Decreto de 1974, evitando el cuestionamiento de la norma aplicada en su sustitución, el Decreto de 17 de noviembre de 1966.

(108) Lo que permite establecer una razonable duda sobre su aplicabilidad al proceso, como hemos mantenido en otra ocasión.

(109) FJ 1.º STS [3] de 20-3-86 (RA 1141/86).

2. *Reviviscencia del Decreto de 1966:*
intercambiabilidad de la cobertura de las sanciones

La Sentencia de la Sala 4.^a TS de 15 de diciembre de 1986 (110) admite la sustitución de la cobertura del Decreto de 1974 por la del de 1966. pese a que no se hubiera adoptado acto expreso por la Administración o legislador para restablecerlo en su eficacia. Para ello, retoma los argumentos de las sentencias de la Sala 3.^a, de 29 de abril de 1983 y 21 de septiembre de 1983. En este sentido la Sentencia de 15 de diciembre de 1986 indica que:

«La reapertura del expediente 28//118/78-B lo fue en cumplimiento de una Sentencia firme por consentida por las mismas partes que aquí litigan y por tanto la caducidad no podía empezar a correr hasta la notificación a las partes de la firmeza de la sentencia que se trataba de ejecutar no implicando efectos retroactivos la aplicación de la normativa derogada por el Decreto 3632/74 *porque siendo éste nulo no pudo derogar tales disposiciones*; sobre las consecuencias de la nulidad de dicho Decreto ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencias de 29 de abril y 21 de septiembre de 1983 en las que se afirma que dicha nulidad *no implica la existencia de un vacío normativo en materia sancionadora en atención a la plenitud de del ordenamiento porque las sanciones no se fundamentan únicamente en el Decreto anulado sino en conjunción con otras disposiciones subsistentes anteriores y posteriores al Decreto*» (111).

Como podemos observar, se trata de una postura manifiestamente discrepante con la citada con anterioridad. Si bien *existe una diferencia fundamental como es que la fecha de la sanción es posterior a la anulación del Reglamento* (112), volvemos a reiterar que el Decreto de 1966 no fue expresamente restablecido en su vigencia por acto alguno. La prueba de ello está tanto en la expresa alusión a reposición de dicha norma como a la falta de rechazo expreso de la jurisprudencia citada en apartados anteriores.

Sin embargo, y sin perjuicio del análisis pormenorizado de las diferentes argumentaciones que se realizarán más adelante, el Supremo, prontamente, en Sentencia dictada en un recurso de revisión, tratará de sancionar la legalidad del Decreto de 17 de noviembre de 1966 en la Sentencia de la Sala 3.^a de 29 de octubre de 1987 (113).

(110) Ponente: Manuel Garayo Sánchez (RA 1140/87).

(111) El subrayado es nuestro.

(112) La sanción fue impuesta por acuerdo de 23 de mayo de 1984.

(113) La profusión de sentencias y la aparente diversidad de doctrina entre las Salas 3.^a y 4.^a hacía necesario un pronunciamiento de la Sala 3.^a TS, que en Sen-

No es de recibo, por el contrario, la argumentación realizada por la sentencia de la Sala 4.ª TS, de 30 de marzo de 1987 (114), en lo que se refiera a considerar en vigor el Decreto de 1966 por estar contenido en la tabla de derogaciones contenida en la Disposición final 2.ª del Real Decreto 1945/83, de 22 de junio por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de producción agroalimentaria (115), ya que, sin perjuicio de su dudosa legalidad de esta disposición (116), hay que indicar que, junto con el Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, que aparece en el punto primero, también aparece el Decreto 3632/1974, de 20 de diciembre, de Disciplina de Mercado (117), que en la fecha de entrada en vigor de dicho Real Decreto estaba *anulado*.

3. *La lucha por la impugnación del Decreto de 17 de noviembre de 1966*

Como hemos indicado, a partir de la anulación, por la Sentencia de 18 de marzo de 1981 del Decreto de 20 de diciembre de 1974, se pretende cubrir el vacío normativo con el anterior de 17 de noviembre de 1966. Sin embargo, este último adolecía de las mismas irregularidades formales que el anulado —no haber sido dictaminado por el Consejo de Estado y la dudosa técnica de autoatribución, mediante Decreto-Ley de la potestad de dictar un Decreto-Legislativo—, y mayores en cuanto consideramos los defectuosos sistemas de tipificación y de garantías que en el mismo se contenía. Por ello, serán estos defectos formales alrededor de los cuales gire un gran número de conflictos en esta materia.

Este intento ya aparece en la última Sentencia citada de Sala 4.ª TS de 15 de diciembre de 1986 (118), en cuyo fundamento jurídico tercero un importante argumento adicional incorporado en el trámite de conclusiones que se concentra:

tencia de 29 de octubre de 1987 (Ponente: Paulino Martín Martín, RA 7438/87), en vía de revisión, confirmó la inadmisibilidad de los recursos indirectos contra reglamentos amparados exclusivamente en vicios formales de procedimiento. La Sentencia acoge íntegramente el razonamiento de la Sentencia de 2 de junio, que ya hemos comentado, en cuanto a la eficacia de la omisión del Dictamen del Consejo de Estado. Igualmente, confirma la regularidad jurídico-material del Decreto de 17 de noviembre de 1966.

(114) Ponente: Francisco Javier Delgado Barrio (RA 4162/87).

(115) «BOE», núm. 168, de 15 de julio.

(116) No hemos podido encontrar la ley de delegación para realizar la refundición a la que se alude en el preámbulo del Real Decreto que estudiamos. En caso de que no existiera, el Real Decreto sería nulo, bien por carecer de cobertura legal para proceder a la tipificación de infracciones por vía de reglamento, o bien para poder proceder a la refundición y actualización de las normas en ausencia de habilitación bastante.

(117) Por otro lado, hay que indicar que la expresión de la *voluntas abrogandi* no tiene por qué implicar una voluntad de restablecimiento de la normativa anterior, como se pretende en el fallo.

(118) RA 1140/87.

«En el trámite de conclusiones ratifica los motivos articulados en defensa de su pretensión y solicita con carácter preferente la nulidad de los acuerdos impugnados con base a hechos de los que ha tenido conocimiento con posterioridad a la formalización de la demanda, consistentes en dos sentencias de la Audiencia Nacional de 10 y 19 de febrero de 1986 que declaraban nulo de pleno derecho el Real Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, que es la norma que ha servido de cobertura a las actuaciones, que son objeto de la presente litis, motivos de impugnación que —excepto este último— han sido alegados en el expediente administrativo y rebatidos por la Administración...»

La Sentencia rechaza el argumento debido al carácter no firme ni definitivo de esta anulación mientras que dichas Sentencias de la Audiencia Nacional se hallen pendientes de examen del Tribunal Supremo.

A) *La no alegabilidad de la omisión del dictamen del Consejo de Estado como causa de impugnación indirecta.*

Con carácter general menciona esta doctrina la Sentencia de la Sala 4.^a TS de 18 de noviembre de 1986 (119) en los siguientes términos:

«Pero aparte del criterio que se deduce de las sentencias anotadas en el fallo apelado, contrario a la impugnación indirecta de Disposiciones de carácter general, por defectos en su elaboración, y además de que en el presente caso es dudosa la realidad de la omisión aducida, dado el tiempo transcurrido desde que se elaboró la aquí impugnada, lo cual explica la ambigüedad e inconcreción de la contestación evacuada sobre el particular, por el Secretario General del mencionado Organismo, y aportada en las actuaciones de primera instancia, es que en definitiva, tampoco puede aceptarse como incuestionable la exigencia legal de la referida formalidad..., dado también que la disposición administrativa de que se trata está precedida de otras sobre la misma materia, al parecer, desarrolladas, con las mismas formalidades y cuya legalidad no se discute, ni tampoco que las contradiga en su contenido, y que precisamente es la refundición y sistematización de ellas, la finalidad asignada a la aquí discutida» (120).

Más explícita es la Sentencia de la misma Sala de 17 de marzo de 1987 (121), al indicar, confirmando las alegaciones a que a este respecto realiza la Sala de instancia (122), de la forma que sigue:

(119) Ponente: S. Gutiérrez de Juana (RA 411/87).

(120) FJ 1.^o.

(121) Ponente: J. M. Reyes Monterreal (RA 3774/87).

(122) «Que el primer motivo de oposición a las recurridas Resoluciones lo base

«Fundamento jurídico 1.º: El apelante trata de convencer de que es un recurso indirecto frente a una disposición de carácter general, puede invocarse, como motivo de su inaplicabilidad, cualquier vicio de procedimiento en que incida al ser elaborada, y no obstante el esfuerzo dialéctico desplegado al efecto, hay que mantener la conclusión a que la sentencia recurrida llegó por el artículo 39 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción distingue cuál es el ámbito de los recursos directo e indirecto que contra esa clase de disposiciones autoriza, previniendo —por lo que aquí interesa— en su número 4, que la falta de impugnación directa o la desestimación del recurso, que, frente a ella, se hubiere interpuesto, no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual “fundada” en el supuesto previsto en el párrafo 2.º, es decir, cuando “tales disposiciones no sean conformes a derecho” y ésta en la condición que establecía la exposición de motivos, que la apelante transcribe y la sentencia de esta Sala, que igualmente invoca de 18 de junio de 1984.

FJ 2.º: Esa disconformidad a Derecho, ha de interpretarse en sentido restrictivo, dado el excepcional acogimiento legal de ese recurso indirecto, de donde obligadamente se deduce, que coste tan sólo en la vulneración de una norma de carácter sustantivo por supuesto de mayor rango —sentencia de 20 de mayo de 1977— y no respecto de la formal o rectora del procedimiento que debe seguirse para su elaboración...»

Esta orientación, que cierra la impugnación formal indirecta del Decreto de 17 de noviembre de 1966, va a repetirse en diversas Sentencias como las Sentencias de la Sala 4.ª de 30 de marzo de 1987 (123), 22 de

el recurrente en la nulidad del . aplicado Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, sobre “Infracciones administrativas y sanciones en materia de Disciplina de Mercado”, por falta en su elaboración del preceptivo dictamen del Consejo de Estado; pues bien, sobre este punto hay que recordar que existe una bien consolidada doctrina jurisprudencial, recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio, 13 de noviembre y 10 de diciembre de 1973, 25 de febrero y 6 de abril de 1974, 24 de septiembre de 1975 y 23 de septiembre de 1977, en el sentido de que la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general al combatir los actos de aplicación individual de las mismas, no cabe aducir las supuestas irregularidades del procedimiento al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo posible tan sólo su anulación, con base a tales irregularidades, a través del recurso de impugnación directa; doctrina elevada a categoría de “legal” en virtud de la Sentencia dictada por el propio Tribunal Supremo en fecha 5 de abril de 1974, en recurso extraordinario en interés de la ley.»

(123) Ponente: F. J. Delgado Barrio (RA 4162/87, FJ 2.º), por la que se recurre una sanción en materia de Disciplina de Mercado que el TS confirma.

julio de 1987 (124), 30 de septiembre de 1987 (125), Sala 3.ª de revisión de 29 de octubre de 1987 (126), Sala 4.ª 1 de diciembre de 1987 (127), 15 de diciembre 1987 (128), 12 febrero de 1988 (129), 1 de marzo de 1988 (130), 5 de marzo de 1988 (131), 11 de mayo de 1988 (132), 23 de mayo de 1988 (133), 24 de mayo de 1988 (134), 25 de mayo de 1988 (135) y 7 de junio de 1988 (136).

Esta relativización del requisito del previo dictamen del Consejo de Estado y la consiguiente validez del Decreto de 17 de noviembre de 1966 (137) ha sido rematado —si se nos permite la expresión— con la Sentencia de la Sala 4.ª TS de 2 de junio de 1987 (138), al menos en lo que respecta al Decreto de 1966. La Sala comienza estudiando el papel del requisito del dictamen del Consejo de Estado en la validez y perfección de la norma. Indica en este sentido:

«Pues bien, lo primero que hay que decir es que resulta imposible encontrar en el ordenamiento en vigor apoyatura alguna en favor de la tesis de que el Reglamento ejecutivo necesite para su perfección de la concurrencia de dos voluntades la del Consejo de Estado y la del Gobierno. Si esto es así, el Reglamento en cuya elaboración se haya omitido ese dictamen preceptivo no deja de perfeccionarse y gozar, por tanto, de presunción de validez. Porque el informe del Consejo de Estado es un control de legalidad de carácter administrativo previo a la perfección de la norma reglamentaria pero que carece de valor obstativo, tanto si se produce como si se ha omitido. Y es un control de legalidad porque supone un juicio de valor emitido, por un órgano especialmente concebido con esa finalidad, acerca de la conformidad o no del Reglamento ejecutivo con la Ley...» (139).

(124) Ponente: M. de Oro-Pulido y López (RA 7670/87, FJ 1.º), en la que se confirma una sanción por elaboración de pan con falta de peso.

(125) Ponente: M. de Oro-Pulido y López (RA 8284/87, FJ 3.º), por la que se confirman las sanciones impuestas por la Administración.

(126) Ponente: P. Martín Martín (RA 7438/87, FJ 5.º).

(127) Ponente: J. García Ramos Iturralde (RA 9337/87, FJ 2.º).

(128) Ponente: J. S. Ruiz Pérez (RA 9496/87, FJ 2.º).

(129) Ponente: J. S. Ruiz Pérez (RA 1133/88, FJ 2.º).

(130) Ponente: J. M. Reyes Monterreal (RA 1768/88).

(131) Ponente: J. S. Ruiz Pérez (RA 1780/88).

(132) Ponente: F. González Navarro (RA 4497/88).

(133) Sala de revisión. Ponente: J. García Estartús (RA 3918/88).

(134) Ponente: J. García-Ramos Iturralde (RA 3956/88).

(135) Ponente: M. de Oro-Pulido y López (RA 3959/88).

(136) Ponente: J. S. Ruiz Pérez (RA 4601/88).

(137) Ponente: Francisco González Navarro.

(138) Ponente: Francisco González Navarro.

Esta Sentencia ya fue precedida de otra de la misma Sala de 17 de marzo, en la que se considera la omisión del Dictamen del Consejo de Estado como causa de anulabilidad (Sentencia de 17 de marzo de 1987; Ponente: José María Reyes Monterreal).

(139) Fundamento Jurídico 3.º.

De esta forma, el dictamen del Consejo de Estado no se concibe como un requisito de perfección o de emisión del Reglamento. *A partir de este momento hay que establecer el papel que desempeña este requisito en el procedimiento de elaboración en relación con la validez.* Como se conoce el párrafo 5.º del artículo 53 LPA, al analizar la potestad de convalidación de la Administración prohibiendo aquélla «en los casos de omisión de informes o propuestas preceptivos». En cuanto, como hemos visto, el dictamen es preceptivo en este caso, la Sala se pregunta sobre el carácter del obstáculo a la convalidación que impone el artículo 53 de la Ley citada a lo que contesta:

«... nos encontramos que en ella [se refiere al artículo 53.5 LPA] se está perfilando únicamente el alcance de una potestad administrativa: la de convalidación. Hay vicios que la Administración puede convalidar, y uno cuya convalidación no puede producirse por acto de la Administración: precisamente el que nos ocupa. Y es lógico que sea así, porque no se trata de cumplir un rito formal —informe del Consejo de Estado—, sino de que éste sirva para algo: advertir de posibles ilegalidades, a fin de que se puedan corregir antes que la norma se perfeccione. Y ahí radica la razón de ser de la naturaleza misma del informe cuando opone reparos al proyecto de advertencia de ilegalidad.

Pero si ésta es la finalidad del informe, es claro que las Salas de lo Contencioso-Administrativo pueden y tiene que suplir aquella función, apreciando *a posteriori* si hay o no ilegalidad en el Reglamento ya perfeccionado, que sería absurdo pensar que la omisión de ese informe del Consejo de Estado impide al Poder Judicial controlar la legalidad en cuanto al fondo. Y si, como aquí ocurre, no se advierten concretos motivos de contradicción con el ordenamiento jurídico en cuanto al fondo, carece de sentido derogar el Reglamento para que el Consejo de Estado venga luego a decir lo que la Sala se halla también en condiciones de apreciar. El principio de economía procesal apoya también que lo procedente es rechazar la pretensión» (140).

Ello no quiere decir que la Administración pueda obviar el requisito exigido expresamente por la Ley Orgánica del Consejo de Estado (141), porque «sometiendo el proyecto de reglamento al control previo de legalidad que realiza un órgano de reglamento al control previo de legalidad que realiza un órgano administrativo de carácter consultivo y máxima calificación, disminuye al máximo la posibilidad de que —posteriormente— pueda la jurisdicción contencioso-administrativa en-

(140) Fundamento Jurídico 4.º.

(141) Fundamento Jurídico 4.º.

contrar en el reglamento aprobado y publicado alguna disconformidad con el ordenamiento jurídico que lo vicia de ilegal».

«Resumiendo: *a)* El Reglamento ejecutivo se perfecciona jurídicamente aunque el informe del Consejo de Estado se haya omitido; *b)* el artículo 53 de la Ley de Procedimiento regula el ejercicio de una concreta potestad administrativa: la de convalidar los vicios de los actos, con una limitación: la de que esa potestad no alcanza a la sanción del específico vicio consiste en la omisión del informe preceptivo; y *c)* en consecuencia, la omisión del informe del Consejo de Estado no impide que la jurisdicción contencioso-administrativa ejecute *a posteriori* un control de legalidad de la norma reglamentaria ya perfeccionada; *e)* (*sic*) y si esta jurisdicción aprecia contradicción entre el desarrollo hecho por el reglamento ejecutivo y el ordenamiento en vigor, el órgano judicial actuante no tiene el deber anularlo por el vicio de forma cometido durante su elaboración —vicio— que, como se ha dicho, no impidió su perfección. *Pues eso llevaría al absurdo de anular una norma en vigor —con todo lo que ello implica para las relaciones establecidas a su amparo, e incluso para el mismo ordenamiento en el que se produciría un vacío— para que, a fin de cuentas, un órgano administrativo por más cualificado que sea, venga a decir lo que al Poder Judicial ha podido comprobar ya: que la norma de que se trata —y a pesar de que no se consultó al Consejo de Estado— es correcta pues ninguna discordancia hay entre su contenido y el Ordenamiento de rango superior. Y en el caso que nos ocupa, a esta Sala no le consta —ni el apelante se preocupa en probar— la existencia en el Real Decreto de una contradicción de ese tipo. Por todo lo cual, la desestimación del recurso se impone» (142).*

Este razonamiento implica un salto cualitativo importante. Ya no se trata de impedir la impugnación indirecta de las disposiciones generales por vicios de forma, sino que en aras del principio de plenitud del control jurisdiccional y del principio de economía procesal se da una justificación sustantiva a la irrelevancia de la omisión de este trámite, toda vez que el Tribunal Supremo puede suplir la función de control *ex ante* por el control *ex post*. Argumentación que podría utilizarse también ante un hipotético recurso directo (143).

(142) Fundamento Jurídico 6.º.

(143) El mismo Ponente parece adelantar esta posibilidad en su Sentencia de 7 de mayo de 1987 (RA 5241/87), si bien realmente no podemos juzgar sobre su consolidación habida cuenta que no plantea si en el caso enjuiciado procedía de forma preceptiva el dictamen omitido. Sobre el particular, nuestro trabajo *Los efectos de*

Esta argumentación hará fortuna en una prolija jurisprudencia manifestada en Sentencias de la Sala 3.^a (revisión) de 29 de octubre de 1987 (144), Sala 4.^a TS de 15 de diciembre de 1987 (145), de 12 de febrero de 1988 (146), 26 de abril de 1988 (147), 7 de junio de 1988 (148).

B) *El incumplimiento del régimen constitucional para la delegación legislativa.*

Como recordaremos, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de marzo de 1981, había invalidado el Decreto de 20 de diciembre de 1974 por la omisión del dictamen del Consejo de Estado que es preceptivo para la elaboración de Decretos legislativos, conforme al artículo 10.4 de la LRJAE —precepto que la propia Sentencia cita (149)—. Pues éste será otro de los caballos de batalla de la vigencia del Decreto de 1966 que el Supremo deberá cerrar curiosamente sobre una doble argumentación: a) no exigibilidad de los requisitos constitucionales previstos en nuestro Texto fundamental, y b) negación de la naturaleza de Decretación legislativa de los Decretos de Disciplina de Mercado.

a) *Infracción de las normas sobre Decretación legislativa.*

Dentro de este apartado, dos van a ser las objeciones a la validez del Decreto de 17 de noviembre de 1966 —que como se recordará, ya habían sido denunciados por la Doctrina—, por un lado el mecanismo de habilitación para dictar un Decreto Legislativo y, por otro, la amplia cláusula de habilitación en la que además de refundir se autoriza a adaptar la normativa existente. Ya hemos hecho alusión a tales problemas al inicio de este trabajo, a donde nos remitimos para una exposición general.

No obstante, los recurrentes se van a encontrar con el inconveniente de la peculiaridad del régimen constitucional anterior, en el que las limitaciones a esta forma de legislación tenían un claro sentido dogmático y doctrinal, sin perjuicio de que algunas tuvieran un reflejo

la omisión del informe preceptivo del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cit.

Por otro lado, hay que resaltar el recurso *ad infinitum* que se desprende de la propia argumentación: la norma impugnada es de refundición y ni se cuestiona la adecuación material a la normativa anterior ni la legalidad de esta última. Si se nos permite alargar el razonamiento, si el Decreto de 17 de noviembre de 1966 es nulo, no importa; le sustituiría la normativa, que, además, en el presente caso *presenta la ventaja de no haber sido impugnada.*

(144) Ponente: P. Martín Martín (RA 7438/87, FJ 6.º).

(145) Ponente: Joaquín Salvador Ruiz Pérez (RA 9496/87).

(146) Ponente: Joaquín Salvador Ruiz Pérez (RA 1133/88).

(147) Ponente: F. González Navarro (RA 3232/88).

(148) Ponente: Joaquín Salvador Ruiz Pérez (RA 4601/88).

(149) Y constituye una de las cuestiones más interesantes del comentario que realiza J. TORNOS.

normativo (150). Y en ello se apoyará el Tribunal Supremo de forma sistemática para cerrar también esta vía de impugnación.

En este sentido, la Sentencia *Sala 4.ª TS de 22 de julio de 1987* (151) indicará:

«En cuanto al primer extremo, si bien desde la entrada en vigor de la Constitución, las delegaciones legislativas sólo pueden hacerse por las Cortes Generales —art. 82— y el Gobierno sólo en casos de extraordinaria y urgente necesidad puede dictar disposiciones legislativas provisionales, con exclusión de determinadas materias, mediante la forma de Decretos-Leyes —art. 86— para lo que se exige, además, el cumplimiento de una serie de formalidades posteriores, como son el sometimiento de los mismos a debate y votación ante la totalidad del Congreso de los Diputados convocando al efecto, en el plazo de treinta días siguientes a su promulgación, debiendo pronunciarse el Congreso expresamente sobre la convalidación o denegación, con arreglo al procedimiento especialmente establecido al efecto, por el contrario en la situación anterior a la Constitución los Decretos-Leyes tenían formalmente el mismo cargo que una Ley, sin limitación en cuanto a materias que podían regular —art. 52 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967— y sin necesidad de ser sometido a debate en las Cortes, ya que bastaba que éstas tuvieran conocimiento de ellas —art. 13 de la Ley de Cortes de 20 de abril de 1967— que modificó la hasta entonces vigente del año 1942 que exigía la certificación de las Cortes. Situación en la que, por tanto, era posible que el Gobierno procediera a la refundición de textos, con el carácter de Decreto-Legislativo, mediante autorización concedida no sólo por Ley concedida no sólo por Ley votada en Cortes sino en virtud de cualquier otra norma con rango formal de Ley, como se reconoce, entre otras, en la Sentencia de este Tribunal, de 18 de marzo de 1981, que anuló el Decreto de 20 de diciembre de 1974, que sustituyó precisamente al que ahora es objeto de estudio, por lo que, disponiendo el artículo 24 del Real Decreto-Ley (*sic*) de 3 de octubre de 1966, que se autoriza al Gobierno para refundir a propuesta del Ministerio de Comercio, las disposiciones vigentes en materia de Disciplina de Mercado, no existe razón en esta causa, para considerar nulo el Decreto 3052/1966 de 17 de noviembre dictado al amparo de dicha autorización» (152).

(150) Como pudiera ser el artículo 11 de la Ley General Tributaria.

(151) Ponente: Mariano del Oro Pumpido (RA 7670/87).

(152) FJ 2.º.

La aplicación del principio de *tempus regit actum* en relación con la normación preconstitucional —lo que no impide su contraste material con la legalidad— que utilizara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984 (153), para eludir el vacío normativo por la inconstitucionalidad sobrevenida de la Base XVI de la Ley de Sanidad nacional de 1944, permite eludir la anulación de la norma por formales.

En sentido análogo se manifiestan las Sentencias de la misma Sala 4.^a de 1 de diciembre de 1987 (154) y de 5 de marzo de 1988 (155), 24 de mayo de 1988 (156), 25 de mayo de 1988 (157).

Es especialmente interesante la Sentencia de la Sala 4.^a TS de 1 de marzo de 1988 (158) debido a lo completo de la impugnación del Decreto de 1966, en el que se incorporan ya criterios materiales de impugnación. En concreto, el recurrente plantea simultáneamente las siguientes objeciones a la legalidad del Decreto: 1) lo dudoso de que pudiera tratarse de una delegación, dado los amplios términos en que ésta se produjo; 2) extralimitación del Gobierno en la refundición debido a que, por un lado, la normativa refundida no justifica el Decreto de 1966, y, por otro lado, que el Gobierno no podía innovar en esta materia, por tratarse de materia sustancialmente y, por tanto, sometida a reserva de ley, y 3) la insuficiencia de la habilitación para refundir operada mediante Decreto-Ley.

La Sala rechaza toda esta batería de alegaciones en su FJ 3.º, con el siguiente planteamiento:

«Tercero: Todos estos razonamientos son jurídicamente inviables por ser consecuencia de haberse prescindido del carácter específico de los Decretos-Leyes excluyente de la potestad jurisdiccional revisora de la validez de los mismos, dado el artículo 1.º de la Ley reguladora de ésta, que por que en concreto importa, sólo la proyecta sobre las disposiciones de carácter general “de categoría inferior a la ley”, lo que no ocurre con aquéllos ni con los Decretos-Leyes legislativos, cuyo rango legislativo es equiparable al de la Ley, sin más diferencia entre aquéllos que la que amparados los últimos en una ley formal habilitante de su producción, permiten un control siquiera limitado a comprobar si el uso de esa habilitación se ha ceñido estrictamente a los términos de esta Ley, lo que, propiamente, no sucede con el Decreto-Ley, porque su generación es espontánea al tener su origen en la pro-

(153) Tribunal Constitucional, en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 80/1983, en relación con la Base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944.

(154) Ponente: Juan García-Ramos Iturralde (RA 9337/87, FJ 2.º).

(155) Ponente: J. M. Reyes Monterreal (RA 1768/88).

(156) Ponente: J. García-Ramos Iturralde (RA 3956/88, FJ 2.º).

(157) Ponente: M. de Oro-Pulido y López (RA 3959/88).

(158) Ponente: José María Reyes Monterreal (RA 1768/88).

pia iniciativa del Gobierno..., y es así que, tratándose de ahora de resolver sobre la pretendida inaplicabilidad de ciertos artículos del Decreto de 17 de noviembre de 1966, no cabía examinar la validez del Decreto-Ley referenciado detectando los supuestos de defectos de fondo o de forma del mismo, porque ello significaba la revisión y decisión de una disposición de idéntico rango legal, cuando, por muy amplias que pudieran ser las facultades que se concedieran al Gobierno o aunque se otorgara a éste una mayor o menos laxitud para el cumplimiento de la delegación conferida, no puede tener por dudosa la legalidad de una disposición semejante, porque desde que un Decreto-Ley se convalida por las Cortes, previo examen y debate de su contenido, por muy dudosa que aquélla pueda aparecer no puede declararse por esta jurisdicción, ni siquiera aunque sus normas tuvieran un carácter penal más que administrativo —como entiende la Sentencia apelada—, toda vez que el establecimiento de normas de aquel carácter tampoco se excluye, al menos en general, de esta modalidad normativa, siendo de añadir a este respecto... que no supone identificar con esta acepción cualquier tipo de sanción, y muy en particular la que establece el Decreto a que nos venimos refiriendo, ya que la palabra pena tiene dentro del Ordenamiento jurídico general de carácter sancionador “una significación propia... circunscribiendo su campo de aplicación a un área determinada como es la propia del Código Penal”...» (159).

En resumen:

1.º El rango del Decreto-Ley que habilitó con esa pretendida amplitud —que como recordaremos permitía la modificación de las normas refundidas— impide su enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.º Que, en consecuencia, no cabe el examen de la corrección no de la delegación producida.

3.º Por último, tampoco es de apreciar extralimitación *ratione materiae* debido a que la idea de pena es formal y se circunscribe al ámbito delimitado por el Código Penal.

De esta forma, el Decreto de 1966 queda en una posición de la amplitud de los términos de la delegación—, además de afirmar, a ren-

(159) No podemos menos que resaltar que en el fondo late el problema de la habilitación y de la irretroactividad de los requisitos establecidos por la Constitución para la delegación, inexistentes con anterioridad a la misma. No obstante, la argumentación no nos parece de recibo, ya que supone en gran medida el retorno a la vieja doctrina de inatacabilidad de los reglamentos delegados y renunciar a todo el aparato de limitación y control de las refundiciones legislativas, y las relaciones que se producen entre las disposiciones a refundir y el resultado de la refundición.

glón seguido, en su FJ 4.º la reviviscencia del Decreto de 1966, por razón de la anulación del de 1974.

b) *¿Decretación legislativa o reglamento delegado?*

Otra vía de resolución de esta impugnación sistemática sobre la base de la dudosa constitucionalidad de la delegación, va a consistir, como ya hemos indicado, en atribuir la condición de reglamento ejecutivo o de reglamento delegado del Decreto-Ley al Decreto de 1966. Esta calificación ya aparecía en la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 21 de octubre de 1986 (160), así como aparece también en la de la Sala 4.ª de 2 de junio de 1987 (161). Pero ha sido recientemente cuando el TS, en Sentencia de la Sala 4.ª TS de 26 de abril de 1988 (162), ha profundizado más en este cambio de calificación del Real Decreto de 1966, que pasa de Decreto legislativo a texto refundido de naturaleza reglamentaria.

En efecto, en contra de lo indicado en otros fallos que ya hemos reseñado que consideraban suficiente la delegación mediante Decreto-Ley, la presente sentencia certifica su insuficiencia con las siguientes afirmaciones:

«Es cierto que, incluso bajo el régimen anterior..., era necesaria autorización —delegación, si hemos de hablar con precisión— de las Cortes para dictar textos refundidos con rango de ley, esto es, un decreto legislativo de esta especie. Ahora bien, la falta de esta autorización legal no impide, ni antes ni ahora, que puedan elaborarse textos refundidos; lo único que impide es que ese texto refundido tenga rango de ley. Tendremos entonces un texto refundido de rango puramente reglamentario, de lo que ofrece no pocos ejemplos nuestro Derecho positivo, uno de ellos precisamente el Decreto de 1966 que aquí nos ocupa... Incluso en el caso de que el Gobierno hubiera querido cubrir con la vestidura de un Decreto-Ley una delegación legislativa —y el artículo 24 transcritos permite entender que no era éste su propósito—, nunca habría que llegar al remedio extremo de la anulación, sino al moderado y racional, y como se ve perfectamente amparado por los principios que informan nuestro ordenamiento, de considerar que tienen un mero valor reglamentario. Que, por lo demás, se ha pensado y creído siempre que el Decreto de 1966 era una norma reglamentaria con finalidad reordenadora y actualizadora, como es propio de un texto refundido, pero con esa limitación que deriva de su carencia de rango legal» (163).

(160) RA 5771/86.

(161) RA 59008/87.

(162) Ponente: Francisco González Navarro.

(163) Fundamento Jurídico 4.º. En el Fundamento Jurídico siguiente, la Senten-

Sin perjuicio de la importante influencia que desarrollará esta Sentencia sobre la jurisprudencia posterior (164), hay que destacar que la nueva calificación —que se dejaba entrever en el fallo de 2 de junio de 1987, que calificaba al Decreto de 1966 como *reglamento ejecutivo* (165)— entra en colisión por la Jurisprudencia de las Sentencias de la misma Sala 4.^a TS de 22 de julio de 1987, de 1 de diciembre de 1987 (166) y de 5 de marzo de 1988 (167), ya comentadas, y que declaraban la validez de la delegación mediante Decreto-Ley, y, por lo tanto, la naturaleza de Decreto legislativo del Decreto de 1966. En todo caso, hemos de indicar que si bien el cambio de calificativo no ofrece una importancia notable en lo que respecta a nuestra investigación, sí es un claro exponente de la actitud conservacionista del Decreto por parte del Tribunal Supremo, para evitar el vacío normativo.

Pero la contradicción más importante la constituye la Sentencia de la Sala 3.^a de 20 de mayo de 1987 (168). El fallo resuelve un recurso de revisión interpuesto por la Generalidad de Cataluña cuya controversia se concentraba conforme al FJ 3.^o de la Sentencia:

«Las cuestiones debatidas en las sentencias comparadas, con soluciones distintas, son: 1.^o) la de si dentro del ordenamiento jurídico de carácter sancionador la palabra tiene una significación específica, por lo que no puede ser considerada como penas las multas que en uso de atribuciones gubernativas se impongan a los administrados; 2.^o) si la Disciplina de Mercado que nos en el artículo 603 del Código Penal.»

Centrándonos en lo que en este punto nos interesa, la calificación del Decreto 3052/66, de 17 de noviembre, la Sala 3.^a indica:

«El decreto 3052/66 de 17 de noviembre, en el que se tipifican las infracciones administrativas en materia de Disciplina de Mercado y se establecen las sanciones, fue dictado en virtud de la autorización que el artículo 24 del Decreto-Ley de la Jefatura del Estado 8/1966 de 3 de octubre, sobre Ordenación Económica, concedió al Gobierno para refundir a propuesta del Ministerio de Comercio las disposiciones vigentes en materia de Disciplina de Mercado, a fin de conseguir una mejor tipificación de éstas y una más adecuada ordenación de las sanciones aplicables;

cia recoge la doctrina relativizadora de los efectos de la omisión del Dictamen del Consejo de Estado sobre la validez del acto.

(164) Sobre todo en la Sentencia de 6 de junio de 1988 de la misma Sala, y que analizaremos más adelante.

(165) Véase lo indicado en el comentario a dicha Sentencia.

(166) Ponente: Juan García-Ramos Iturralde.

(167) Ponente: Joaquín Salvador Ruiz Pérez.

(168) Ponente: J. Fernández Santamaría (RA 3817/87).

es decir, que nos encontramos ante un texto refundido, que es una manifestación de la delegación legislativa recepticia por la que se amplía el poder normativo de la Administración mediante un apoderamiento singular referido a un tema y materia concreto; y en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución hay que atribuir al Decreto 3052/66 de refundición el carácter de norma delegada con el rango de Ley, al sustituir, derogándolas en su disposición final, a las leyes en él refundidas, que a partir de su publicación dejaron de aplicarse» (169).

C) *Cierre del sistema: la inimpugnabilidad por razones materiales.*

Como hemos visto, el Supremo establece una red de argumentos que impide el cuestionamiento del Decreto 3052/66, sobre la base de argumentos formales. Igualmente cerrará el paso a cuestionamiento por motivos materiales.

Por un lado, recordemos cómo los amplios términos de la delegación del artículo 24 del Decreto-Ley 3/1966, unido por la exención de control jurisdiccional de los Decretos-Leyes en los términos indicados por la Sentencia de la Sala 4.^a TS de 1 de marzo de 1988 (170), implicaba la imposibilidad de un cuestionamiento de la legalidad material del Decreto.

Pero, por otro lado, si el Decreto de 1966 no era un Decreto legislativo, sino un reglamento, entonces se podría intentar la impugnación indirecta frente a las extralimitaciones del Decreto respecto de la normativa, y el principio de legalidad y reserva de Ley existente en materia sancionadora, cuyas dificultades ya fueran relatadas, entre otros, por RIVERO (171). La Sentencia de la Sala 4.^a TS de 30 de diciembre de 1987 (172) va a rechazar tal argumentación en virtud del principio *tempus regit actum*, y la inegibilidad de rango legal en la definición de las infracciones administrativas al momento de dictarse el Decreto (173).

(169) FJ 7.º.

(170) RA 1768/88.

(171) *En torno a la disciplina de mercado*, «DA», 195, 1982, págs. 49 y ss.

(172) Ponente: Manuel Gordillo García (RA 9946/87).

(173) «... en las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en 8 de abril y 7 de mayo de 1981 y 7 de abril de 1987, se proclama de modo expreso "que no es posible exigir la reserva de ley —que establece el artículo 25.1 de la Constitución— de manera retroactiva para anular las disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior", y más específicamente, por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que "el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada"» (Fundamento Jurídico 2.º).

VII. EL DECRETO 1945/1983, DE 22 DE JUNIO

También este Decreto va a ser objeto de impugnación en sucesivas Sentencias.

a) La primera que se ocupa sobre la discutible legalidad de esta norma es la Sentencia de la Sala 4.^a TS de 10 de febrero de 1998 (174). Se trata de un recurso directo interpuesto por la Federación Nacional de Empresarios Carniceros, que no cuestiona el Decreto en su totalidad, sino únicamente la validez de tres de sus preceptos (175). El interés que presenta la impugnación se encuentra relacionada fundamentalmente relacionada con el artículo 13.2 del Decreto, por el que se habilitaba a la Administración a acceder en sus labores inspectoras a la documentación industrial, mercantil y contable (176) que los recurrentes consideraban lesivo a los derechos constitucionales de intimidad personal y de inviolabilidad de domicilio.

El Tribunal interpreta que el precepto lo único que se declara es el derecho a inspeccionar por parte de los inspectores, sin que en ningún momento ella deba significar la violación de la intimidad personal o la inviolabilidad del domicilio (177). No obstante, recuerda el Tribunal el deber de colaboración que tienen los Administrados y que se encuentra recogido en el artículo 27 de la LPA, sin más limitaciones que las que imponga la Ley (178). Y entonces argumenta que:

«Décimo: Desde la perspectiva contemplamos que el Real Decreto en cuestión, de 22 de junio de 1983, y en el extremo que ahora nos ocupa, no hace otra cosa que recoger lo permitido en el artículo 2 del Decreto 2147/1972, de 17 de agosto, que a través de los Decretos de 15 de septiembre de 1972, y 17 de noviembre de 1966, enlaza con el Real Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, de autorización al Gobierno para refundir Disposiciones sobre infracciones y sanciones en materia de Disciplina de Mercado.

(174) Ponente: Angel Martín del Burgo (RA 1121/88).

(175) Artículos 3.2.6, 9.3 y 13.2.

(176) «Podrán acceder directamente a la documentación industrial, mercantil y contable de las empresas que inspeccionan cuando lo consideren necesario en el curso de sus actuaciones, que, en todo caso, tendrán carácter confidencial» (art. 13.2 del Real Decreto de 1983).

(177) «Con ella no se ha pretendido violar la intimidad personal de los afectados ni la inviolabilidad de sus domicilios, cuya consagración constitucional garantiza en todo momento el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, frente a cualquier intento de vulneración. Porque el acceso directo de los inspectores se refiere a la "documentación industrial, mercantil y contable de las empresas que inspeccionan", lo que quiere decir que si estos funcionarios tienen derecho a inspeccionar las empresas —y eso no se les niega en el recurso—, la inspección de sus documentos constituye la de uno de sus elementos, integrados en sus instalaciones y locales comerciales o industriales» (Fundamento Jurídico 8.º).

(178) Fundamento Jurídico 9.º.

Por otro lado, el Real Decreto que nos ocupa, 1945/1983, es consecuencia del Acuerdo del Congreso de los Diputados, en su reunión de 17 de septiembre de 1981...

Duodécimo: A esta cobertura normativa de lo establecido en el artículo 13.2 del Real Decreto de que se trata, se suma el hecho de que el acuerdo citado, del Congreso de los Diputados, responde a una medida política, encauzadora del clamor popular, crispado ante los acontecimientos luctuosos de triste recurso...»

En definitiva, el Decreto tiene su causa en la refundición de las disposiciones del Decreto de 1966 y demás normas aplicables en la materia, aunque la Sentencia no aclara exactamente la naturaleza de la disposición, aunque sí con rango suficiente como rellenar la previsión legal contenida en el artículo 27 LPA (179).

La Sentencia de la misma Sala de 26 de abril de 1988 (180), con motivo de un recurso indirecto, reconoce igualmente la conexión del Real Decreto de 1945/1983 con el decreto de 1966.

b) La Sentencia de la Sala 4.ª TS de 6 de junio de 1988 (181) se enfrenta a una impugnación general y abstracta del Decreto, interpuesta por la Agrupación Nacional de Envasadores de Aceites Comestibles, y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Este fallo tiene una importancia singular por las materias que aborda:

En primer lugar, respecto de la validez del Decreto de 1983.

«Tercero: Ambas recurrentes aducen como motivo de impugnación del Real Decreto, la inexistencia de cobertura legal para el mismo; mas debe tenerse en cuenta al respecto: a) que el artículo 10.3 del Decreto-Ley número 6/1974, de 27 de noviembre, ordenó al Gobierno que desarrollase y refundiese las disposiciones vigentes en materia de disciplina de mercado; b) que si bien el Gobierno trató de hacerlo con el Decreto de 20 de diciembre de 1974, el mismo fue anulado después por la Sentencia de la Sala 3.ª de este Alto Tribunal de 18 de marzo de 1981; c) en realidad, pues, el mandato del artículo 10.3 del Decreto-Ley número 6/74, de 27 de noviembre, quedó sin cumplimiento, habiéndolo cumplimentado el Real Decreto aquí impugnado número 1945/1983 de 22 de junio, que por tanto debe entenderse dictado con la cobertura legal del aludido artículo 10.3 del

(179) «Los administrados están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en la forma y en los casos previstos en la Ley, o por disposiciones dictadas en virtud de la misma» (art. 27 de la LPA).

(180) Ponente: Juan García-Estartús Iturralde.

(181) Ponente: Bruguera Manté (RA 4371/88).

indicado Decreto-Ley y, en consecuencia, es clara la cobertura legal del Real Decreto cuestionado.»

La argumentación no hace sino reconocer la insuficiencia de la cobertura otorgada por el Acuerdo del Congreso de los Diputados, como pretende el preámbulo del propio Decreto, y ha de recurrir a la habilitación del Decreto-Ley de 1974, que sirvió de cobertura al Decreto de 20 de diciembre de 1974. Ahora bien, falta por determinar, en consideración a esa Delegación, qué tipo de norma se trata. Por ello, indica la Sentencia que:

«Cuarto. La sustentación de que era imprescindible delegación legislativa con norma de rango de Ley para autorizar la refundición conforme al artículo 82.2 de la Constitución, debe también rechazarse por una doble consideración: de una parte, la exigencia de Ley autorizante para refundir, la limita el indicado artículo de la Constitución a la refundición de textos legales sin extenderla a los reglamentos, como es el caso; y, por otro lado, un Decreto-Ley anterior a la Constitución era una norma que tenía el rango de Ley, disfrutando de la misma jerarquía que las leyes formales con igual eficacia y permanencia (art. 13 de la Ley de Cortes de 1942); no entendiéndose afectados en general los Decretos-Leyes anteriores a la Constitución por la Disposición Derogatoria 3.^a de la misma, por lo que la indiscutible vigencia del expresado Decreto-Ley número 6/1974, de 27 de noviembre, con rango y jerarquía material de Ley, dio correcta cobertura al discutido Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio.»

Es indudable en este punto la influencia de la Sentencia de 26 de abril de 1988, entre otras (182), que declaraba el carácter reglamentario del Decreto de 1966. No se trata de un Decreto legislativo, a pesar de la cobertura del Decreto-Ley 6/1974, sino de una mera disposición reglamentaria. De esta forma el Decreto de 1974 lo que estamos es ante una deslegalización de la materia y así lo indica en el FJ 5.^o.

«Quinto. En cuanto a que el tan repetido Decreto-Ley ni puede servir de soporte al Real Decreto impugnado en razón del sustancial cambio de que ha sido objeto la figura del Decreto-Ley en el artículo 86 de la Constitución, y no poder subsistir tras la misma deslegalización conferida por un Decreto-Ley preconstitucional, debe señalarse que la práctica y la doctrina postconstitucional de esta Sala ha venido otorgando eficacia a esta clase de deslegalizaciones

(182) Véase lo indicado más arriba respecto a la reinterpretación de la naturaleza de estas regulaciones.

contenidas en Decretos-Leyes preconstitucionales (Sentencias, entre otras, de 20 de mayo de 1982, 23 de marzo y 24 de octubre de 1984); por lo que es pertinente mantener y aplicar la misma doctrina en aras del principio de su unidad.»

Ahora bien: en relación con la materia es cierto que tal deslegalización puede ocasionar problemas, por lo que inmediatamente la Sala precisa:

«Sexto. Esta Sala tiene reconocida repetidamente también la necesidad de Ley formal habilitante para el ejercicio de las potestades punitivas y sancionables conforme el artículo 25.1 de la Constitución (Sentencias de 19 y 27 de abril de 1983, 27 de diciembre de 1984, 29 de diciembre de 1987); lo cual es acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 30 de marzo de 1981, 3 de octubre de 1983, 7 de abril de 1987); pero con independencia de que la Disposición final 2.ª de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984 (posterior por tanto al Real Decreto y por ende mal podrá imputarse ya falta de rango formal al mismo después de esta Ley, por lo que concierne a la situación anterior a ella, que es lo que aquí nos ocupa, hay que decir (y con las salvedades de algunos concretos artículos que después analizaremos que se hacen objeto por los recurrentes de la impugnación subsidiaria), que dicho Real Decreto no formula un nuevo catálogo de infracciones, sino que recoge y refunde las que ya se hallaban tipificadas y establecidas con anterioridad, por lo que y aun haciendo abstracción de la elevación de rango que indudablemente supuso para el Real Decreto, su asunción por la Ley formal posterior, no puede disponerse su invalidación para la situación anterior a ella, como aquí se pretende.»

De esta forma, la legalidad general del Decreto 1945/83 queda salvaguarda, interpretan su rango como reglamentario y producto de una deslegalización operada por el Decreto-Ley 6/1974, de 27 de noviembre, sin perjuicio de que, como dice el FJ 9.º,

«...debemos proclamar nuevamente la exigencia de Ley Formal habilitante para establecer penas y sanciones Administrativas, que no pueden imponerse *ex novo* sin la existencia de Ley Formal; por lo que independientemente de la asunción *ex post*, del repetido Real Decreto por la ya citada Ley de 19 de julio de 1984, hemos de declarar la indudable validez del referido artículo 10.3 para el periodo anterior a la vigencia de la expresada Ley; si bien la

invalidez del artículo no es total, sino únicamente en cuanto establece que el decomiso como sanción; siendo, sin embargo, legítimo el decomiso cuando las mercancías de que se trate pudieran entrañar riesgo o peligro para la salud pública; más ello no como consecuencia del deber que imponen a la Administración los artículos 43 y 51 de la Constitución de proteger y garantizar la salud pública.»

Lo cierto es que si bien con este fallo parece cerrarse la inseguridad normativa reabierto con el Real Decreto 1945/1983 de una forma «honorable», no es menos cierto que la solución adoptada no deja de sugerir problemas.

En primer lugar, los presentados por la reinterpretación del rango del Decreto, que como ya hemos señalado, conecta con la jurisprudencia sentada por la Sentencia de la misma Sala de 26 de abril en la que se indica que el Decreto de 1966 era un texto refundido de carácter reglamentario. Pues bien, no entendemos la necesidad de deslegalización normativa si la tipificación de las sanciones anteriormente vigente —el revivido Decreto de 1966—, tenía carácter reglamentario. Como tampoco se entiende que sea necesaria la previa autodelegación del Gobierno para dictar una norma reglamentaria. Si esta materia estaba confiada a rango reglamentario, lo cierto es el que el Gobierno pudiera en cualquier momento derogarlo, refundirlo o reinterpretarlo. Mas nos parece que el Tribunal, en su intento de salvaguardar algún resquicio de certeza normativa en el sector, llama al Decreto-Ley de 1974 para cubrir la deslegalización actual, siendo a nuestro juicio más que discutible que en aquel año se dictara la habilitación únicamente para refundir reglamentariamente textos reglamentarios. El carácter de Decreto legislativo, según la doctrina y la jurisprudencia de la época, parece evidente, al menos en los testimonios recogidos al inicio de este trabajo.

En segundo lugar, la propia técnica de conservación del efecto de deslegalización es discutible frente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 83/1984, de 24 de julio, dictada en la Cuestión de inconstitucionalidad 80/1983, en relación con la Base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, en la que se deslegalizaba la fijación de distancias entre Farmacias. Como se recordará, el TC declaró la inconstitucionalidad de la deslegalización por afectar a una reserva de ley. Sin embargo, en este caso la habilitación continúa, a pesar del artículo 5.º LOPJ, que impone la sujeción de los Tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional, al parecer, por el escaso carácter innovativo del Decreto de 1983. Sin embargo, pese a que la Sentencia 83/1984 dejaba a salvo la normativa dictada en uso de la deslegalización *anterior a la Constitución y la posterior complementaria o de desarrollo*, se trata de una actuación reglamentaria en materia de reserva de Ley, que no es de mero complemento o desarrollo.

Por último, la asunción de su regulación por la propia Ley 26/84 de 19 de julio de 1984, y en consecuencia la elevación de rango con-

siguiente, permite dejar entrever la dificultad de mantener el carácter reglamentario de la norma que analizamos.

En definitiva, a nuestro juicio, y pese a lo elaborado de la argumentación de la Sala, esta Sentencia es un indicativo más de la falta de un criterio uniforme ante el problema del efecto normativo de la anulación de reglamentos, en los que las consecuencias de la anulación pugnan dramáticamente con las más elementales exigencias de seguridad jurídica.

Otro punto de interés que tiene la Sentencia se encuentra en su Fundamento Jurídico 2.º En el proceso que analizamos, junto con la impugnación del Decreto se había solicitado la invalidación de los actos de aplicación del mismo, lo que el Tribunal no concede, ni siquiera entra en su consideración, en los siguientes términos:

«Segundo. Por lo que respecta a la impugnación de las disposiciones de aplicación del decreto y de los actos administrativos de ejecución del mismo (a los que sin especificación aluden la cabecera y el suplico del escrito de interposición de la mencionada Agrupación pero no los extremos 1.º y 4.º del propio escrito que delimitan el objeto del recurso), no cabe tenerlos como objeto de impugnación de este proceso, no sólo por la total imprecisión e indeterminación de dichas disposiciones y actos (que ya de por sí harían imposible tenerlos por impugnandos), sino porque no se formula contra ellos ninguna petición, ya que la demanda se limita a solicitar la anulación del Real Decreto o subsidiariamente de los artículos concretos que se indican en él; y esto deja fuera de examen y de recurso las expresadas indeterminadas disposiciones o actos de aplicación que ni siquiera se sabe si existen, ni cuáles son; siendo, por otra parte, los actos de aplicación, objeto de regulación específica en el artículo 120.1 de la Ley de Procedimiento administrativa.»

VIII. OTROS DATOS IMPORTANTES

Para terminar, en cuanto la Ley del Consumidor de 1984 cierra ese período de incertidumbre, debemos advertir, junto al planteamiento de la cuestión que tratamos, que es posible detectar fallos que siguen aplicando el Decreto de 20 de diciembre de 1974, a pesar de su anulación. Ya hemos hecho relación a la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 31 de enero de 1983 (1983). Sin embargo, tenemos ejemplos muy posteriores así, pese a anular las sanciones impuestas la Sentencia de la Sala 3.ª TS de 15 de octubre de 1986 (184), aplica el Decreto 3632/174,

(183) Ponente: P. Martín Martín (RA 380/83).

(184) Ponente: F. Roldán Martínez (RA 5688/86).

de 20 de diciembre, indicando expresamente la ausencia de incompatibilidad del mismo con la Constitución.

IX. CONCLUSIONES

Del estudio de esta «evolución» pueden plantearse diversos tipos de reflexiones: unas de carácter general, vinculadas con el problema general de los efectos de la anulación de reglamentos mediante Sentencia judicial, y otras, más específicamente en relación con el tema del presente trabajo, respecto a los efectos distorsionantes que ocasiona el tiempo.

1. Reflexiones de carácter general

a) A primera vista se nos presentan una importante consecuencia en lo que respecta a la práctica generalidad de las Sentencias: la constitución del artículo 120.1 LPA en marco normativo de definición de los efectos de la anulación de reglamentos. Pese a su dudosa aplicabilidad teórica en relación con el lugar con este precepto se encuentra —en la Ley de Procedimiento administrativo y dentro de los preceptos dedicados a la regulación general de los recursos (185)—, máxime con la doctrina sentada por la Sala 4.^a a partir de la Sentencia del 2 de junio de 1987, respecto del artículo 53 LPA, el artículo 120.1 LPA se convierte en la práctica, en el punto de referencia de la reflexión en la materia.

Si bien ello significa un cierto acuerdo en cuanto a la conservación de los actos firmes, no lo es en relación con el resto de las materias. A esta disparidad se manifiesta tanto en el plano normativo como en el aplicativo y, curiosamente, sobre el mismo texto legal.

En el plano normativo, mientras que las Sentencias anteriores a 1987 —salvo el caso de las Sentencias de la Sala 3.^a, de 29 de abril de 1983 y 21 de septiembre de 1983 (186)—, en general, no admiten la sustitubilidad del Decreto de 1966, a partir de la Sentencia de la Sala 4.^a TS de 15 de diciembre de 1986 (187), la reviviscencia de este último es generalmente admitida. Especial consideración merece el uso táctico del empleo de la palabra derogación del artículo 120.1 LPA que realiza la Sentencia de la Sala 3.^a TS, de 21 de octubre de 1986 (188), para que

(185) Que ya adelantábamos en nuestro trabajo *La conservación de actos no firmes...*, cit.

(186) Ambas con el mismo Ponente: José Luis Ruiz Sánchez (ref. RA 6043/83 y 4617/83, respectivamente).

(187) Ponente: Manuel Garayo Sánchez (RA 1140/87).

(188) Ponente: Rafael Mendizábal Allende (RA 5771/86). Hay que indicar que en este recurso se le imputa una naturaleza reglamentaria del Decreto de 20 de diciembre de 1974, que más adelante tendrá una importancia notable a la hora de reinterpretar el proceso histórico.

en aplicación del artículo 3.2 del Código Civil impedir la reviviscencia normativa.

En el plano aplicativo concurren dos concepciones del artículo 120.1 LPA: una, que entiende que la anulación de una norma arrastra automáticamente la de todos los actos dictados en su ejecución siempre que no fueran firmes (189), otra que entiende que no se produce este arrastre, entre las que se puede citar la Sentencia de la Sala 3.^a de 21 de octubre de 1986.

b) Esta comprobación nos lleva a la segunda consecuencia general de nuestro estudio: la existencia de una variedad de soluciones, que se multiplica por la utilización de una diversidad de argumentaciones.

Así, podemos dibujar tres fases: i) una primera en que se admite la reprobabilidad de los hechos imputados pese a que el Decreto de 1974 hubiese sido anulado y se buscan otras coberturas, entre las que pudiera encontrarse el Decreto de 1966; ii) una segunda fase en la que se declara la invalidez de las sanciones acordadas bajo la vigencia del Decreto de 1974, que no hubieren quedado firmes, si bien no se tratan de soluciones homogéneas y a medida que avanza el tiempo se va manifestando una creciente preocupación por los efectos normativos, y iii) una tercera y última en que el Supremo acepta la sustitución en el terreno de la práctica del Decreto de 1974, por el de 1966. A este último le sustituirá el Decreto 1945/1984, que deberá ser sustentado, a su vez, por la Ley de Protección a los Consumidores y Usuarios de 1984.

Además del alejamiento en el tiempo de la anulación y de la inactividad de la Administración, que analizaremos más adelante, ¿significa esto que no existe criterio de racionalización de la jurisprudencia en esta materia? Creemos que sí, y el criterio reside en una importante diferencia entre la fase *b)* y la *c)*. En la última, todas las sanciones adoptadas lo son con posterioridad a la declaración de invalidez del Decreto de 1974, por lo que es presumible que el Decreto de 1966 fue el utilizado en la instrucción y calificación de los hechos. Explicación que, como vimos, apunta la Sentencia de la Sala 3.^a de 20 de marzo de 1987 (190), que indica:

«... [la] Sentencia de 18 de marzo de 1981, declaró la nulidad del referido Decreto, y la derogación de un Decreto no conlleva que recobren vigencia las disposiciones que ésta hubiera, a su vez, derogado por los que cabe "resucitar" el anterior Decreto 3052 de 1966, pues a la dicha en que se produjeron los hechos constitutivos de la infracción ya no estaba vigente, y al aplicarla se vulnerarían los principios generales de seguridad jurídica, sancionando al expedientado por un precepto que realmente no

(189) La cita en este apartado sería interminable: Sala 3.^a del TS de 27 de enero, 15 de marzo, 24 de marzo y 7 de junio de 1984, 1 de febrero, 15 de junio y 20 de septiembre de 1985, entre otras.

(190) Ponente: F. Roldán Martínez (RA 1976/87).

existe en la fecha en que se produjeron los hechos, al estar ya anulado el Decreto 3632/74 de 20 de diciembre...» (191).

c) Debemos no obstante indicar que esta solución en el plano aplicativo puede no ser generalizable a todos los casos. El carácter de la materia que tratamos, potestad sancionadora, y el especial juego del principio de legalidad, tanto en cuanto tipicidad como respecto de la imposibilidad de aplicar retroactivamente las normas sancionadoras, pueden modular el sentido.

d) En todo caso, tanto el resultado de este trabajo evidencia la intensa problemática que presenta este tema y la inexistencia de instrumentos doctrinales y legales suficientes para abordar el mismo. Cuestiones como la naturaleza del fallo, los efectos normativos o no del mismo, el sentido de la eficacia general prevista en el artículo 86.2 LJCA, por citar algunas de las que se ha hecho alusión más arriba, han sido poco estudiadas en nuestro país, con el consiguiente déficit de base para obtener soluciones satisfactorias al problema.

2. *Consideraciones en relación con el tiempo*

Sin embargo, a nuestro juicio, uno de los elementos explicativos de esta compleja jurisprudencia va a ser la consideración del tiempo como condicionante de esta eficacia.

a) Si tuviéramos que formular esta conclusión como principio podría realizarse de la siguiente forma: *Cuanto más se aleja en el tiempo la constitución de la situación jurídica más estable es frente a su desaparición*. Cuanto mayor es la distancia en el tiempo entre la entrada en vigor, la anulación y el enjuiciamiento de sus consecuencias, mayor puede haber sido aplicación, y por lo tanto también mayor la cuota de inseguridad que introduzca su anulación, lo que en la práctica se va a plasmar:

i) *Una mayor resistencia a revisar la validez del reglamento*, como podría demostrarlo la inadmisibilidad de recursos indirectos contra reglamentos, por razones de defectos de tramitación como tiene reconocida una amplia jurisprudencia.

ii) *Una mayor resistencia a remover los efectos de la aplicación de los reglamentos*.

(191) Fundamento Jurídico 2.º.

Esta Sentencia también declara la nulidad de las sanciones por razón de incompetencia, dado el cambio de atribuciones operado por el Decreto de 1974 y que ahora, por su anulación, se devolvía a la distribución del artículo 1966.

b) En el presente caso el problema principal se va a agravar por la torpe reacción de la Administración, frente a la anulación del Decreto de 20 de diciembre de 1974 por la sentencia de 18 de marzo de 1981.

i) Primero, la Administración no toma ninguna medida en los casi siete años que dura el proceso.

ii) Segundo, una vez anulado, no dicta otra norma sustitutoria hasta más de tres años después, instruyéndose sobre la base del *Decreto 3052/66 de 17 de noviembre*, dictado con una habilitación análoga y que constituía la normativa anterior al Decreto anulado, no obstante no conste declaración expresa alguna que declare o reciba su «reviviscencia».

iii) En sustitución de esta situación, se dicta el *Decreto 1945/1983, de 22 de junio*, en cumplimiento de un acuerdo del Congreso de los Diputados de 17 de septiembre de 1981, según su propio preámbulo, precepto, pues, de dudosa regularidad.

iv) La situación no se subsana, sino hasta que la *Ley de 19 de julio de 1984, de Defensa de Consumidores y Usuarios* recibe la anterior normativa.

Diez años ha tardado la Administración para dar un marco estable a este ámbito.

c) Esta situación de inseguridad jurídica se va a plasmar en los dos planos sobre los que se proyecta la eficacia de estas sentencias.

En el *plano aplicativo*, como hemos indicado, se dan distintas fases:

i) *Primero*, y probablemente debido a la influencia de un comentario a esta Sentencia realizado por J. TORNOS MAS, las primeras Sentencias de la *Sala 3.ª TS, de 29 de abril y 21 de septiembre de 1983*, admitieron la sustituibilidad de la normativa de 1974, por la de 1966.

ii) *Segundo*, a ésta le sigue otra que indica afirma la anulación del Decreto implica la inexistencia de cobertura para sancionar con fundamentos (192).

iii) *Tercero*, a partir de 1986, sobre todo en la Sala 4.ª, se produce un giro y se admite la aplicabilidad del Decreto de 1966, a la vez que se cierra la posibilidad de cuestionamiento de su legalidad (193), tanto por razones formales (194) como en razones materiales (195).

(192) Recogida, entre otras, en las siguientes Sentencias, entre las que se pueden citar como ejemplo las de la Sala 3.ª TS de 27 de enero, 20 de febrero, 15 de marzo, 9 de abril, 2 y 24 de mayo, 7 y 15 de junio, 20 de septiembre y 25 de octubre de 1984 y 1 de febrero de 1985, pero sobre todo las de 21 de octubre de 1986 y 20 de marzo de 1987, que establecen expresamente la impunidad de las conductas tipificadas por el Decreto de 1974 durante su período de vigencia.

(193) En efecto, a partir de la Sentencia de la Sala 4.ª TS de 15 de diciembre de 1986 se admite la aplicabilidad sustitutoria del Decreto de 1966 (en el mismo sentido, la Sentencia de la misma Sala de 30 de marzo de 1987, así como los pronunciamientos que se citan en las notas subsiguientes).

(194) Tal es el caso, por ejemplo, de la utilización de la doctrina de la inadmisibilidad de recursos indirectos fundados en razones de forma exclusivamente; en

iv) Finalmente y *cuarto*, en una verdadera reinterpretación de todo el proceso, por la afirmación de que el Decreto de Disciplina de Mercado no es un Decreto Legislativo, sino una norma de carácter reglamentario —pesc a que su anulación se produjo por omisión del Dictamen del Consejo de Estado, preceptivo para este tipo de normas (196)—, y, en relación con el Decreto 1945/83, en cuanto que además de tener naturaleza reglamentaria, fue dictado en ejecución de la habilitación del Decreto-Ley de 1974, que quedó inactuada por la invalidación del Decreto del mismo año, lo que contradice el preámbulo del Decreto mismo, como indica la Sentencia de 6 de junio de 1988.

En definitiva, el *TS trata de cubrir el espacio de inseguridad generado por la anulación del Decreto de 1974 y la torpe reacción de la Administración, que traen como consecuencia el debilitamiento de las garantías formales relativas al proceso de elaboración o al rango de la norma, en aras de esa seguridad, siete años después de la anulación inicial.*

d) De la *proyección aplicativa* podemos tener una ligera idea con los datos que hemos expuesto: i) tras un *proceso inicial en el que se confirman las sanciones* en las Sentencias de la Sala 3.^a TS, de 29 de abril y 21 de septiembre de 1983; ii) sigue un *período en el que se anulan todas las sanciones dictadas con base al decreto de 1974*, aunque con una fundamentación muy diversa (197); iii) sin embargo, a partir de la Sentencia de 15 de diciembre de 1986 (Sala 4.^a), *que admite la intercambiabilidad de coberturas entre las normas reguladoras de los Decretos de 1974 y 1966*, se confirman las sanciones impuestas sobre la base de este último, sin perjuicio de que, como se ha indicado, no conste ningún acto de recepción formal de la reviviscencia del Decreto de 1966. Hasta tal punto es firme el Supremo a la hora de confirmar estas sanciones

este sentido, las Sentencias de la Sala 4.^a TS de: I) 18 de noviembre de 1986 (que indica: *es dudosa la omisión debido al tiempo transcurrido*); II) 2 de junio de 1987, en la que se indica que *el incumplimiento del requisito del Dictamen del Consejo de Estado no es imprescindible para la perfección del Reglamento* —en el mismo sentido, la Sentencia de 29 de octubre de 1987—; o III) las de 30 de diciembre de 1987, 22 de julio de 1987, 1 de diciembre de 1987 y 5 de marzo de 1988, *que entienden la delegación operada en virtud de las formalidades exigibles al momento de dictarse.*

(195) Pero tampoco por razones materiales, porque, como indica la Sentencia de 1 de marzo de 1988, si la delegación era muy amplia, *éste es un problema del Decreto-ley que lo habilitaba y, en consecuencia, no puede ser examinado en sede contenciosa.*

(196) Sentencia de 2 de junio de 1987, pero, sobre todo, la de la Sala 4.^a del TS de 26 de abril de 1988.

(197) Como puede ser: I) *interpretación del artículo 120.1 LPA a contrario* (STS, 3.^a, 27 de enero, 15 de marzo, 15 de junio y 20 de septiembre de 1984); II) *eficacia general de las sentencias estimatorias de lo contencioso-administrativo* (STS, 3.^a, de 20 de febrero, 24 de mayo, 25 de octubre de 1984 y 1 de febrero de 1985); III) *eficacia «ex tunc» de la anulación* (STS, 3.^a, de 9 de abril de 1984); IV) *adherencia que provoca el principio de tipicidad en materia sancionadora* (STS, 3.^a, de 2 de mayo de 1984, 21 de octubre de 1986 y 20 de marzo de 1987); V) *nulidad de actuaciones* (STS, 3.^a, de 17 de junio de 1984).

que parece como si fuera la causa del mantenimiento del Decreto de 1966.

e) El tiempo parece tener una función fundamental a la hora de explicar este proceso. Sin embargo, pese a que probablemente la solución, ante estas circunstancias, no pudiera ser muy diferente, ¿cuál ha sido la resultante? El Tribunal Supremo ha acabado dando cobertura a la situación irregular de la Administración que ésta podía haber adaptado y subsanado, ha asestado un golpe mortal a las garantías procedimentales intentando una relativización sino desaparición de éstos como causa de impugnación y, en definitiva, han reducido a la nada el efecto anulador del Decreto.

Ya no se trata de que el retraso en la tramitación del juicio pueda convertir en inútil la resolución de un proceso —en cuanto a su eficacia real—, sino que sus efectos pueden relativizarse en el mundo del Derecho hasta el punto de que se «cubra» la ilegal —por carente de cobertura— actuación de la Administración que se ha resistido a dar, como le correspondía, cumplida respuesta a la impugnación y posterior anulación de una disposición reglamentaria.

En consecuencia, en interés del Ordenamiento, parecía conveniente conseguir una reducción en el tiempo de tramitación de los procesos, con el fin de conseguir una mayor efectividad del fallo. Ahora bien, dentro del terreno de las propuestas, esta reducción del tiempo de tramitación podría realizarse a través del establecimiento de un proceso especial para impugnación de reglamentos que tuviera el carácter de urgente y preferente para la impugnación directa.

El acortamiento de plazos es más difícil en el recurso indirecto, cuya principal virtud es, precisamente, el poder plantear en cualquier momento la invalidez de un reglamento a través de un acto de aplicación.

El diferente tratamiento de ambos cauces, hoy en día tramitados de igual forma, se podría traducir también en la eficacia dando una eficacia más radical para la invalidación directa del reglamento que para la indirecta, en relación con las actuaciones adoptadas en ejecución de la norma invalidada.

Agustín E. DE ASÍS ROIG
Profesor de Derecho Administrativo (UCM)

