

I.-COMENTARIOS MONOGRAFICOS

RECURSO CONTENCIOSO DIRECTO CONTRA DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS Y RECURSO PREVIO DE REPOSICION

SUMARIO: 1. *Introducción. La distinción entre Reglamentos y actos administrativos —y en especial actos administrativos generales— como presupuesto del recurso directo.* 2. *La Sentencia de 19 de enero de 1959: el supuesto carácter previo del recurso de reposición cuando se utiliza en el recurso directo la legitimación individual y no la corporativa.* 3. *La entrada en juego del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa y sus problemas en el caso de la Sentencia; error excusable y buena fe jurisdiccional.* 4. *Según la Ley de la Jurisdicción contenciosa toda impugnación directa de Reglamentos está exenta de la carga de la reposición; crítica del argumento interpretativo de la Sentencia.* 5. *La vía administrativa previa no se adecua a los principios jurídicos materiales que entran en juego en la impugnación de Reglamentos.* 6. *Conclusión.*

1. Una de las novedades más importantes entre todas las que ha introducido en nuestro Derecho la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 es la de la admisión normal de un recurso contencioso-administrativo directo contra Reglamentos, o, en su terminología peculiar, contra «las disposiciones de categoría inferior a la Ley» (art. 1.º). Hasta este momento sólo se aceptaba un recurso directo contra Reglamentos y Ordenanzas de los entes locales, y por cierto en forma imperfecta al articularse como una carga que condicionaba luego la posibilidad del llamado recurso indirecto contra los mismos Reglamentos, es decir, el recurso contra los actos singulares en aplicación de tales Reglamentos: haciendo aplicación del famoso principio del acto consentido, se entendía que quien no hubiese recurrido contra un Reglamento u Ordenanza no podía luego tildar a éstos de ilegales para impugnar los actos dictados en aplicación de los mismos (1). Ahora, además de haberse separado totalmente estas dos for-

(1) Vid. CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso administrativo contra Reglamentos y ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», agosto, 1951. Criticando esa aplicación a este recurso de la doctrina del acto consentido afirmaba justamente este autor: «De esta manera se llega

mas de impugnación (art. 39, 4), lo que se basa en la razón de fondo que luego veremos, se ha extendido la posibilidad de la impugnación directa a los Reglamentos de la Administración institucional y de la Administración central, sin que además rija aquí ningún principio de exclusión por razón de la materia o de la especialidad.

Para depurar este importante arbitrio técnico que es el recurso directo contra Reglamentos, una de las primeras precisiones ha de ser la de distinguir éstos de los actos administrativos *stricto sensu*, y en concreto, pues es aquí donde el problema agudo se presenta, de los actos administrativos generales o con destinatario general o indeterminado. Es relativamente frecuente en nuestro Derecho la confusión de estas dos realidades diversas como consecuencia de una tradición académica sobre la esencia de la norma jurídica, que pretende situarse equivocadamente en el dato de la generalidad. Dos circunstancias recientes han apoyado desgraciadamente esta confusión: una, la reforma del *Boletín Oficial del Estado* en 1957 con la separación sistemática en su materia entre «disposiciones generales» y «resoluciones administrativas» (art. 6.º del Reglamento aprobado por Decreto de 28 de marzo de 1957); otra, la promulgación de la importante Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, donde también sistemáticamente se utiliza la misma bipartición y se habla siempre de «disposiciones administrativas de carácter general» (art. 23 y sgts.), terminología que ha trascendido a la propia Ley de lo contencioso (artículos 28, 1, *b*; 39, 1 y 3; 51, 2; 53, *d*). Este equívoco ha sido sancionado doctrinalmente por el reciente *Tratado de Derecho administrativo* del profesor GARRIDO FALLA, donde se pone un especial énfasis en ofrecer un concepto de acto administrativo que «abarque tanto el acto administrativo general como el concreto», concepto el primero que se correspondería exactamente con el de Reglamento, según esta expresión que resume toda la posición que estamos refiriendo: «El acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales» (2).

Pues bien, es menester romper esa ecuación entre generalidad y normatividad, lo cual en el plano doctrinal está aceptado desde hace ya mucho tras haber roto con la concepción ilustrada y revolucionaria ingenua de que aquella idea partía (3). Los tópicos suelen resistir deno-

a la conclusión paradójica de que el recurso directo, que debe suponer un control severo de la legalidad de la Administración, se convertirá en un seguro de ilegalidad, puesto que los particulares, al menos en su mayoría, interpondrán en contadas ocasiones el referido recurso» (pág. 45 de la separata).

(2) Págs. 374, 389-90, 490-92. El último texto citado, en pág. 491.

(3) Por todos, DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 2.ª ed., Madrid, 1949, páginas 355 y ss. ENGISCH: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*.

dadamente a abandonar el campo, pero éste es, evidentemente, uno de esos que a los juristas no nos sirve. Bastaría para comprobarlo con parar mientes en los esfuerzos, las vacilaciones, las incongruencias, a que los redactores del *Boletín Oficial* están obligados casi cada día para adecuar la realidad jurídica a ese criterio rígido que su nuevo Reglamento les impone (últimamente esto les ha forzado a sustituir la rúbrica «otras resoluciones administrativas» por la de «otras disposiciones»). En el plano positivo, por otra parte, y felizmente, hoy la Ley de Procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, admite con toda corrección actos administrativos genuinamente tales «que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos» (artículo 46, 2) sin que por ello posean carácter normativo o reglamentario (4). Algunos ejemplos: convocatorias de oposiciones, anuncios de subastas o concursos, informaciones públicas, «órdenes generales» como la que da el Alcalde el día de nevada para limpiar las aceras de nieve, o el día de un desfile interrumpiendo el tráfico por unas calles o por motivo de unas obras, o las que emanan del Decano de una Facultad o del Rector de la Universidad, o del propio Ministerio de Educación fijando, por ejemplo, las fechas de exámenes o de matrícula para toda España, o señalando los temas concretos sobre que han de versar los exámenes de grado en cada convocatoria. Por otra parte, que existen normas individuales no parece que requiera especial ilustración, aunque sí acaso puede merecer la pena insistir en que, contra lo que ha pretendido un importante sector de la doctrina para explicar el principio de inderogabilidad singular de los Reglamentos, caben también Reglamentos singulares (5). El mismo día en que estoy escribiendo estas líneas el *Boletín Oficial* publica, naturalmente bajo el epígrafe de «Disposiciones generales», el Decreto de 18 de junio de 1959 «por el que se crea una Subdirección General en la Dirección General de Obras Hidráulicas»; he aquí una norma que no abarca, pues, a todas las Direcciones Gene-

unserer Zeit, Heidelberg, 1953, págs. 178 y ss. La vinculación entre la reducción de la normatividad a generalidad y la concepción puramente formal de la ética, en WELZEL: *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en *Festschrift für H. Niedermeyer*, Göttingen, 1953, págs. 287-8. Sobre el tema de la norma individual, vid. últimamente SCHNEIDER: *Über Einzelfallgesetze*, en *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, págs. 159 y ss., con más referencias.

(4) GARRIDO (págs. 491 y ss.), sin embargo, glosa este mismo, específico, precepto refiriéndolo a los Reglamentos y hablando en este lugar de la publicación de los Reglamentos, que no es materia que regule la Ley de Procedimiento sino la de Régimen Jurídico (y que además no es para los Reglamentos requisito de eficacia sino de validez, en tanto que la Ley de Procedimiento y el *Tratado* están hablando en este lugar precisamente de los requisitos de eficacia). También en esta REVISTA, núm. 26, *La eficacia de los actos administrativos en la nueva Ley de Procedimiento*, pág. 209.

(5) Vid. mi trabajo *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, en esta REVISTA, núm. 28, pág. 84 y *passim*.

rales, ni siquiera a las propias del Ministerio de Obras Públicas, sino a una sola, específica, singular, concreta.

Sin plantearnos ahora todo el importante problema de esta distinción entre Reglamentos y actos administrativos generales, bastará apuntar que el criterio básico es siempre, y a nuestro juicio, el ordinamentalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular, y el acto administrativo, aunque su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto «ordenado» y no ordinamental. La distinción básica es, pues, la de Ordenamiento, por una parte, y la de acto ordenado, por otra, sin que sea oportuno intentar precisar ahora estos conceptos; como podríamos ver en un análisis más detenido, ordinariamente el carácter del acto ordenado puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es «consuntivo», agota el acto, en tanto que el cumplimiento de la norma no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma; no sería difícil seguir esta nota en los ejemplos señalados más arriba.

Pero más interés tiene para nosotros comprobar las diferencias sustanciales de régimen que se siguen de la calificación de un acto como acto administrativo general o como Reglamento. He aquí algunas, sumariamente:

— la potestad de dictar Reglamentos o potestad reglamentaria, como cualitativamente diferente de la de dictar actos administrativos, no corresponde más que a aquellos entes, y dentro de éstos a aquellos órganos, a quienes las «normas de producción», o que definen las formas de integración del ordenamiento, específicamente se la atribuyen (6); por el contrario, la potestad de dictar

(6) Quiebra por eso la doctrina clásica que justificaba el poder reglamentario haciéndolo «inherente a todo poder de mando» (HAURIOU: *Précis de Droit Administratif*, 12.ª ed., París, 1933, pág. 556), o en la fórmula más explícita y conocida de GNEIST: «aquello que la autoridad puede ordenar y prohibir en cada caso concreto, puede ordenarlo y prohibirlo en general para todos los casos análogos del futuro» (*Das englische Verwaltungsrecht*, I, Berlín, 1883, pág. 118). La objeción fué concretada en un conocido trabajo de ZANOBINI (*Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, 1922, ahora en *Scritti vari*, 1955, págs. 145 y ss.). El concepto de «normas de producción» o de «sistema de producción de normas», en FUEYO: *Legitimidad, validez y eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*, en esta REVISTA, núm. 6. Por cierto, en nuestro sistema constitucional falta una atribución explícita de potestad reglamentaria a la Administración, debiendo imputarse a una norma consuetudinaria aceptada por la tradición secular del régimen administrativo; la referencia de leyes ordinarias a esta potestad reglamentaria (Ley de 30 de enero de 1938, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, Ley de Régimen Local, etc.) es meramente regulativa de ese principio general, cuyo rango constitucional es evidente. He aquí un caso de habilitación expresa aun-

actos administrativos generales no exige pronunciamiento de las «normas de producción», sino que está ínsita en toda, absolutamente en toda, potestad de dictar actos administrativos, siendo la singularidad, la generalidad o incluso la indeterminación de sus destinatarios un dato eventual y completamente accidental de su régimen (únicamente relevante a efectos de sustituir la notificación personal por la publicación impersonal como condición de eficacia según el citado precepto de la Ley de Procedimiento);

— el Reglamento en cuanto acto normativo vincula también a la propia Administración, por cuanto ésta está sometida al ordenamiento, de donde se deduce el efecto inderogabilidad singular; el acto general, al no ser normativo, admite derogaciones singulares (sin perjuicio de la eventual entrada en juego de otros principios de vinculación—igualdad ante la ley y ante el servicio público, derechos reconocidos, límites a la facultad revocatoria, integración de una norma en su supuesto de hecho o por remisión en su misma parte dispositiva por medio del acto, etc.—distintos del puramente normativo);

— el Reglamento es revocable *ad nutum* mediante ejercicio contrario de la potestad reglamentaria (7), que es esencialmente libre

que no explícita por parte del ordenamiento (mucho más claro aún cuando debe de buscarse en los principios generales y no en la costumbre, como aquí, o en las consecuencias derivativas, conforme a «la naturaleza de las instituciones» o a la conexión sistemática con otros elementos del ordenamiento, de una regla positiva concreta), de cuya existencia tanto —y tan vivamente— parece sorprenderse GARRIDO al criticar mi trabajo citado en la nota anterior en *Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas*, en esta REVISTA, núm. 28, págs. 23-6, nota; la explicación no puede ser más simple: ordenamiento no es igual a norma escrita. Por lo demás queda también dicho, y me parece igualmente elemental, que la potestad reglamentaria, como toda potestad administrativa, ha de ser atribuida por el ordenamiento, requiere, pues, la norma habilitante —que a su vez puede ser genérica o estricta al delimitar un ámbito de ejercicio válido—, aunque esa norma habilitante sea especial por su naturaleza; en concreto en nuestro Derecho la habilitación de potestad reglamentaria ha de entenderse genérica para las materias de Derecho Administrativo; para las materias que exceden de este Derecho se requiere, además, una habilitación específica para cada objeto por parte de una ley formal (en tales materias no existe, pues, contra lo que parece creer GARRIDO, un poder reglamentario general).

(7) Afirmamos aquí que el poder derogatorio es inherente al poder reglamentario en estricto sentido o de introducción de normas, pero hay que notar que esta ecuación entre uno y otro poder no es necesaria según la teoría general, y aun según el propio derecho positivo. Por ejemplo, en nuestro propio Derecho se ha entendido que el Jefe del Estado tiene poder constituyente para la introducción de nuevas Leyes fundamentales (Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958), pero no para modificar las ya promulgadas (que tienen un procedimiento especial «para derogarlas o modificarlas» en el art. 10 de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado.) Cuando se trata de «decretos legislativos» o leyes delegadas el titular

y únicamente condicionada por las «normas de producción», y nunca por los derechos de los destinatarios (8), en tanto que al acto general le afectan íntegros los límites de revocación y anulación de los actos que en atención precisamente a los derechos de los destinatarios enuncia la Ley de Procedimiento;

— en cuanto el Reglamento forma parte del Ordenamiento, los actos administrativos contrarios a él son ilegales con sanción, en principio, de invalidez (arts. 48 de la Ley de Procedimiento y 83 de la de la Jurisdicción contenciosa), lo cual no ocurre con los actos contrarios a los actos generales (con las mismas reservas formuladas a propósito del efecto inderogabilidad singular);

— los actos privados que contravengan un Reglamento son nulos de pleno derecho (art. 4.º del Código civil), pero no necesariamente los que contradigan a meros actos generales, que serán de ordinario sancionables, pero no combatidos en el plano de la validez;

— la violación de un Reglamento por una Sentencia puede ser in-

de la delegación tiene poder de introducción de la norma, pero no de derogación o modificación de la misma una vez promulgada. En la potestad reglamentaria, sin embargo, no cabe distinguir sino sólo lógicamente entre poder de introducción de la norma y poder de derogación; el poder derogatorio está comprendido sin especificación ninguna en el poder reglamentario y su ejercicio es ejercicio de éste a todos los efectos. Es una consecuencia —como vemos bien contrastando este caso con los ejemplos contrarios anteriores— de la atribución de esta potestad como una potestad propia —no delegada— y exclusiva —no compartida— de la Administración. Ambas notas suelen faltar a la «delegated legislation» anglosajona, y por de pronto siempre —como se expresa ya en su nombre— la primera de ellas.

(8) Estos «derechos adquiridos» no pueden nunca oponerse a la modificación o derogación de un Reglamento en vigor, pero sí operan plenamente en cuanto al tema de la irretroactividad del nuevo Reglamento, en concreto en cuanto a la permanencia bajo el régimen derogado de las situaciones individuales constituidas a su amparo. Queda así planteado el importantísimo tema de la irretroactividad de los Reglamentos, que la doctrina y la jurisprudencia de todos los países suelen afirmar absoluta, dejando únicamente a la ley formal, como una verdadera «materia reservada», la utilización de la reserva del art. 3.º del Código civil: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.» (Cfr. DUPEYROUX: *La règle de la non-retroactivité des actes administratifs*, París, 1954, págs. 70-2, 140 y ss. PERRONE-CAPANO: *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, 1950, pág. 83. RANELLETTI: *Eficacia delle norme amministrative nel tempo*, en «Revista di Diritto Civile», 1914, etc.). En nuestra jurisprudencia este principio ha sido recogido expresamente por la importante Sentencia de 17 de abril de 1900: «si bien la Administración tiene perfecto derecho para dictar disposiciones de carácter bien legal, bien reglamentario y para modificarlas a su antojo, no lo tiene conforme al principio sentado en el art. 3.º del Código civil para dar efecto retroactivo a sus disposiciones cuando en ellas se alteran, lesionan o desconocen derechos legítimamente creados al amparo de otras anteriores». Cfr. también en cuanto a la libertad de ejercicio del poder derogatorio la nota siguiente, *infra*.

vocada en el recurso de casación (aunque a veces nuestra jurisprudencia se haya resistido a aceptarlo así, ello ha sido debido a un problema de límites entre Derecho administrativo y Derecho civil, por entender que una norma materialmente de Derecho administrativo—por ejemplo, el Reglamento del impuesto de derechos reales, Auto de 13 de octubre de 1894 o, en general, legislación fiscal, Sentencia de 19 de noviembre de 1955—no es relevante para una calificación de derecho civil, pero no por dudar de su carácter normativo), pero no, en modo alguno, la de un acto administrativo general no reglamentario;

—la sanción de la ilegalidad de un Reglamento (9) es siempre

(9) Conviene notar en cuanto a este tema de la ilegalidad de los Reglamentos que esta ilegalidad no se concreta sólo en la infracción expresa de una norma superior o en la posible invasión de una «materia reservada» a la ley. Con independencia de estos supuestos típicos de ilegalidad formal, que no ofrecen duda alguna, y que recogen hoy los arts. 23, 26 y 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hay que afirmar enérgicamente, y ello constituye a mi juicio la posibilidad más importante abierta por el recurso directo, que la ilegalidad de un Reglamento puede venir también por la infracción de los principios jurídicos sustanciales del ordenamiento, solución positiva que ampara sin equívocos la fórmula del art. 83, 2, de la Ley de la Jurisdicción, aplicable igual a actos que a Reglamentos. Estos principios jurídicos materiales circunscriben el ejercicio de la potestad reglamentaria, en cuanto potestad administrativa, a un ámbito más estricto que el propio de la potestad legislativa formal, pues ésta se beneficia de la nota de la soberanía que evidentemente no alcanza a la Administración. Así en Inglaterra, junto al «procedural *ultra vires*» o ilegalidad formal del Reglamento (*delegated legislation*) los Tribunales aprecian también en el control judicial de éstos un posible «substantive *ultra vires*» por motivos como los siguientes: «unreasonableness», «repugnancy to fundamental concepts of law», «infracton of fundamental rights», falta de buena fe o de «natural justice» (GRIF-FITH y STREET, *Principles of Administrative Law*, London, 1952, págs. 104 y ss. ALLEN, *Law and Orders. An Inquiry into the Nature and Scope of Delegated Legislation and Executive Powers in English Law*, 2.ª ed., London, 1956, págs. 235 y ss.). En Francia no ha existido duda en aplicar al control de la potestad reglamentaria los mismos principios jurídicos materiales que la técnica del «excés de pouvoir» ha desarrollado sobre las potestades discrecionales (desviación de poder, congruencia con supuestos de hecho, principios generales del derecho políticos o estructurales, etc.); precisamente hoy se están preguntando si el nuevo carácter que al Reglamento asigna la Constitución gaullista de 1958, como norma paralela pero no estrictamente subordinada a la ley (hay incluso una «materia reservada al Reglamento», como se sabe, donde la ley en principio no puede entrar), será compatible con estos principios materiales de control jurisdiccional (que por cierto son ya virtualmente los únicos posibles en cuanto a estos Reglamentos originarios, que ya no pueden ser tachados de ilegalidad, sino a lo sumo de inconstitucionalidad) con los que el *Conseil d'Etat* había desarrollado una de las más importantes construcciones de fiscalización de la Administración; vid., respondiendo afirmativamente a esta cuestión, DE SORO, *La Loi et le Règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, «Revue de Droit Public», 1959, págs. 240 y ss., en especial página 295, VEDEL, *Droit Administratif*, II, Paris, 1959, 631-2 y 634-7. Estas

la nulidad de pleno derecho, en tanto que la regla de las ilegalidades de los actos generales en cuanto actos administrativos es normalmente la simple anulabilidad (art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico por contraposición a los arts. 47 y 48 de la de Procedi-

soluciones han sido facilitadas por la técnica de la justicia constitucional, que con normalidad en todos los países donde se reconoce ha reducido la propia potestad legislativa formal a una potestad discrecional, afectada de límites sustanciales y no sólo formales, y en concreto vinculada por los principios generales que lucen en las declaraciones constitucionales y en sus tablas de derechos individuales; esta técnica, que sólo ha podido desarrollarse por la existencia de un proceso especial para la verificación abstracta de la validez de las normas, es de mucho más fácil y obvia aplicación, como se comprende, al caso de la valoración de la regularidad de un Reglamento. Vid., por ejemplo, en una de las construcciones más características, LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2.ª ed., München und Berlin, 1959, que construye todo el tema de la vinculación del legislador al principio de igualdad ante la ley (entendiendo legislador en sentido material, lo que incluye, pues, a la Administración en cuanto titular del poder reglamentario) como una prohibición del establecimiento de normas arbitrarias, lo que obliga a una «Interpretation in einem höheren Grade» que lo que supondría la simple constatación de una mera infracción formal; lo interesante es que reduce este concepto de arbitrariedad a la técnica iusadministrativista del «Ermessensmissbrauch» o abuso de discrecionalidad, que es más cercana, podríamos decir rápidamente, al «eccesso di potere» italiano que al concepto estricto de desviación de poder francés, que es lástima por cierto (como ya notó S. M. RETORTILLO) que sea el que haya acogido nuestra ley de la jurisdicción como control normal (no único, dados los términos del art. 83, 2: «incluso la desviación de poder») de la discrecionalidad (vid. más ampliamente mi reseña de este libro en otro lugar de esta misma REVISTA). A este mismo criterio de prohibición genérica de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria puede llegarse fácilmente en Derecho español no sólo a través, según la tesis de LEIBHOLZ, de la vinculación de la Administración por el principio de igualdad ante la ley, que está también en nuestras declaraciones constitucionales, sino, mucho más específicamente, invocando el art. 17 del Fuero de los Españoles, que prohíbe la interpretación y *alteración arbitrarias* del orden jerárquico de normas («Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas»); así como la «interpretación arbitraria» se refiere al plano de la aplicación legal, la «alteración arbitraria» no puede aludir más que al plano de la creación normativa, y afecta pues, como un límite sustancial, al ejercicio de la potestad reglamentaria; a la vez, por este mismo precepto se impone sin esfuerzo la vinculación del Reglamento, no sólo a la ley, sino también a las declaraciones constitucionales materiales, jerárquicamente superiores. Una jurisprudencia atenta ha de encontrar aquí uno de los más fecundos campos de desenvolvimiento del recurso directo contra Reglamentos, en esta época de «motorisierte Gesetzgebung», de legislación motorizada, en la certera fórmula de Carl SCHMITT (*Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949, págs. 18-21), para imponer a la Administración un cuidado de los principios generales del orden jurídico en su significación precisamente material y no sólo formal, que es evidente que no siempre guarda en sus copiosas, inciertas y ocasionales determinaciones reglamentarias. Una luminosa exposi-

miento) (10), diferencia de régimen que puede justificarse cómodamente en que en el primer caso se defiende la forma de constitución del ordenamiento y la pureza de éste, en tanto que en el segundo se intenta proteger la seguridad de las relaciones concretas—sea su ámbito subjetivo más o menos extenso—constituidas (sobre este punto, que es básico, hemos de insistir);

— por eso mismo frente a la impugnación de los actos generales (salvo en los excepcionales supuestos de la nulidad de pleno derecho) cabe oponer la excepción de acto consentido, excepción que no cabe frente a un Reglamento ilegal, siendo ésta la razón de la independencia del llamado recurso indirecto contra Reglamentos (que más bien debería llamarse excepción de ilegalidad del Reglamento, configurándola como imprescindible, sea cual fuese la fecha de publicación del Reglamento, art. 39, 2. de la Ley de la Jurisdicción) respecto del recurso directo, a que ya nos hemos referido;

— en fin, es fundamental también la distinción a efectos de legitimación para recurrir uno y otro, pues el recurso directo contra Reglamentos exige una legitimación calificada en los términos del artículo 28, 1, b). de la Ley de la Jurisdicción, en tanto que la legitimación para impugnar actos administrativos generales es la ordinaria (11).

ción del papel del juez en la defensa de estos principios materiales frente al legislador actual, en BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, 1959; *passim*, especialmente págs. 28 y ss.

(10) También en la teoría general, KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlín, 1910, pág. 217. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung, Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen*, Tübingen, 1913, págs. 208 y ss. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, 3.ª edición, pág. 116 (pág. 200 de la traducción esp.; por cierto que en esta traducción, página 192, se ha vertido «Allgemeinverfügung» por disposición general, y no por orden general o acto administrativo general, de donde se ha perdido totalmente el sentido de su diferencia con el Reglamento estrictamente tal de que habla el pasaje.)

(11) La jurisprudencia producida sobre el art. 3.º de la antigua Ley de lo contencioso, que como se recordará únicamente aceptaba el llamado recurso indirecto y no el directo contra las «disposiciones de carácter general», se dejó alguna vez enredar en el equívoco que comentamos; así la Sentencia de 23 de enero de 1940 afirmó categóricamente que una resolución tiene carácter general cuando abarca un conjunto genérico de cosas o personas; la Sentencia de 6 de abril de 1909 definió la disposición de carácter general como «la que no se refiere a ninguna entidad o individuo en particular», e incluso en otra ocasión se dió carácter de disposición de carácter general a la denegación de una instancia colectiva (Auto de 21 de diciembre de 1903). Conviene tener muy en cuenta, sin embargo, que este criterio puramente cuantitativo (que por otra parte suele ser más bien verbal que real en esa misma jurisprudencia) podía venir justificado en el sistema de la vieja Ley por el criterio sistemático de la misma de limitar la materia contenciosa al supuesto de vulneración de derechos.

2. La jurisprudencia ha comenzado a desbrozar animosamente esa *terra incognita* que es en nuestro Derecho la impugnación de Reglamentos ilegales, y entiendo que una de las más graves responsabilidades de la doctrina en esta hora es coadyuvar con el Tribunal Supremo en estos pasos iniciales que pueden ser decisivos en nuestra patria para una institución tan significada y de relieve político tan inmediato.

No pretendemos tratar aquí de todos los problemas que esta jurisprudencia incipiente comienza a plantear, sino solamente de un punto muy concreto, el suscitado por la Sentencia de la Sala 5.^a de 19 de enero de 1959. No he de velar la razón de esta selección, y es que, así

atribuidos individualizadamente al recurrente, en tanto que hoy el sistema de la jurisdicción está montado sobre otros principios. Por cierto que es este planteamiento tradicional el que ha pesado sobre la nueva Ley en materia de legitimación en el recurso directo contra Reglamentos al limitar la legitimación individual al caso de que éstos «hubieren de ser cumplidos por los administrados directamente, sin necesidad de un acto previo de requerimiento o sujeción individual» (art. 39, 3), criterio que había aceptado ya la jurisprudencia producida sobre el restrictivo art. 3.^o de la Ley anterior (Sentencia de 17 de febrero de 1908, Auto de 10 de enero de 1921). La jurisprudencia italiana admite la impugnación individual de Reglamentos (claro que no hay normas especiales de legitimación ni por ende la restricción de una legitimación corporativa) en base al simple interés a recurrir, que es evidente que puede darse —sin caer tampoco en la acción popular— sin el requisito del cumplimiento inmediato; la fórmula usual para medir ese interés es la de la incidencia actual del Reglamento sobre una situación jurídica de que es titular, incidencia que no requiere la individualización del cumplimiento, como es obvio. Vid. DE MARCHI, *Il ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato contro i regolamenti illegittimi ed il cosiddetto interesse a ricorrere*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1915, I. A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei Regolamenti della pubblica Amministrazione*, «Riv. trim. di Dir. Pubblico», 1955, págs. 870 y ss. Igualmente, y con mucha mayor amplitud todavía, en Alemania, donde basta invocar el temor a sufrir un perjuicio en un futuro previsible (BACHOF, *La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana*, en el número 25 de esta REVISTA, pág. 312). Desde el punto de vista de los principios de derecho material que se hacen valer en el recurso directo contra Reglamentos esta amplitud está plenamente justificada, puesto que, como veremos, el Reglamento ilegal, en cuanto nulo de pleno derecho, no se beneficia de la presunción de legitimidad que ampara normalmente a los actos administrativos, ni hay por tanto razón ninguna para sostenerlo restringiendo la posibilidad de su impugnación, o demorando —muchas veces durante años, como es bien sabido— el momento de esa impugnación; más bien el interés de la seguridad jurídica está por la inmediata y rápida eliminación del Reglamento ilegal. Un simple ejemplo: si hoy aparece un Reglamento que dijese que para los funcionarios ingresados durante el mes anterior se adelantase la fecha de jubilación a los 60 años, es absurdo dejar pasar los 30 ó 40 años necesarios para que esas jubilaciones comiencen a tener lugar y demorar obligatoriamente la posibilidad de impugnación del Reglamento hasta ese momento, cuando ya, además, el examen de su legalidad o ilegalidad se habrá convertido en un difícil problema de historia del Derecho; no se ve razón para negar legitimación para recurrir inmediatamente a los funcionarios afectados.

como, en general, en las demás Sentencias producidas sobre el particular el Tribunal Supremo ha dado muestras de una excelente disposición de ánimo para fiscalizar el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, recordando incluso con solemnidad y con énfasis los principios sobre la cuestión (12), esta Sentencia que vamos a glosar produce más bien la impresión contraria. Por estimar equivocada la dirección que inicia esta Sentencia entiendo que debe combatirse para intentar impedir una consolidación jurisprudencial de sus puntos de vista que implicaría, siempre a mi modesto y leal juicio, una restricción importante de garantías.

La Sentencia de 19 de enero de 1959 resuelve un recurso interpuesto contra la Orden de la Presidencia de 15 de enero de 1958 (*Boletín Oficial* de 24 de marzo), que aprobó una nueva clasificación de plantillas y partidos veterinarios en cuarenta y siete provincias (13). El recurso fué interpuesto por el veterinario titular de uno de los partidos afectados por la clasificación, y la Sentencia concluye declarando la inadmisibilidad del recurso por no haberse interpuesto recurso previo de reposición

«toda vez que el recurso de reposición es preceptivo en el presente caso... por ordenarlo los arts. 52 y 53 de la mencionada Ley [de esta Jurisdicción], pues si bien el apartado e) de este último precepto exceptúa del recurso las disposiciones de carácter general, se refiere solamente al supuesto previsto en el art. 39, párrafo primero, pero no al número tercero del mismo, en que el recurrente se ampara, debiendo relacionarse los párrafos primero y tercero con lo dispuesto en el apartado b) del art. 28 de la misma Ley».

3. Lo primero que sorprende es que, aun dentro de la propia tesis de la Sentencia, no se haya hecho jugar el famoso y ejemplar art. 129 de la Ley, que dice: «Cuando se alegare que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos dispuestos por la presente Ley, la que se

(12) Vid., por ejemplo, la Sentencia de 11 de diciembre de 1958, y comentario de RODRÍGUEZ MORO en el número anterior de esta REVISTA, págs. 137 y ss.

(13) La naturaleza reglamentaria de esta Orden no arranca de la generalidad de partidos a que se aplica sino del carácter organizatorio de su contenido y de la naturaleza ordinal que tiene siempre la estructura organizativa, según probó SANTI ROMANO, a quien tanto debe la teoría del Ordenamiento. Es más, esa generalidad es en la Orden una nota lograda por simple agregación, pues cada partido es regulado individualmente, uno por uno, y hubiese sido posible —y aun debe decirse que no es anómalo— dictar una Orden independiente para cada uno de los partidos veterinarios afectados. Aun sobre el equívoco observado en nota 11 *supra*, el Tribunal Supremo había notado sobre la vieja Ley que tenía carácter de disposición general todo acuerdo sobre organización de un servicio general del Estado: Autos de 17 de enero y 18 de octubre de 1905, etc.

hallare en tal supuesto podrá subsanar el efecto dentro de los diez días siguientes... Si el defecto consistiere en no haberse interpuesto recurso de reposición, siendo éste preceptivo, y se hubiere denunciado esta omisión por la Administración demandada, el Tribunal requerirá al demandante para que lo formule en el plazo de diez días, y si se acreditara dentro de los cinco siguientes haberlo deducido quedará en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva el recurso de reposición.»

Son dignas de ser recordadas las palabras con que la Exposición de Motivos justifica este precepto: «La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma.»

¿Por qué no ha jugado aquí este precepto? Cabe inferir que ha podido evitarlo una circunstancia a la que hasta ahora no nos hemos referido, la de que el recurrente había interpuesto, en efecto, el recurso de reposición que la Sentencia estima preceptivo, pero paralelamente al recurso contencioso, concretamente el mismo día, sin carácter de previo, pues, sin esperar a que quedase expedita la vía contenciosa por el transcurso del plazo mínimo de un mes según lo que determina el artículo 54 de la Ley. La Sentencia invoca este hecho en el mismo Considerando transcrito y se apoya en él también para justificar su tesis de fondo de la necesidad del recurso de reposición que «reconoce el recurrente al interponerlo».

Si ha sido ésta la motivación que ha impedido el juego del art. 129 (y desde luego la Sentencia no lo dice, y ni se hace cuestión siquiera de este problema) debo decir que la sanción a la insegura y aún equívoca conducta del recurrente me parece excesiva. Aunque acaso se haya pensado en el viejo principio «electa una via non datur regressus ad alteram», que viene a recoger el art. 381 de la Ley de Régimen Local, concretamente no hubiese ocurrido lo mismo si trasladamos análogo supuesto a un hipotético proceso civil, y bueno es recordar, como hace el Preámbulo de la Ley, que «la Jurisdicción contencioso-administrativa no debe entenderse ni desarrollarse como si estuviera instituída para establecer, sí, garantías de los derechos e intereses de los administrados, pero con menor grado de intensidad que cuando los derechos e intereses individuales son de naturaleza distinta y están bajo la tutela de otras Jurisdicciones».

En efecto, el precepto del art. 129, párrafo tercero, que más atrás hemos transcrito, viene a corresponderse bastante exactamente con el artículo 462, párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el acto de conciliación: «Serán... válidas y subsistentes las actuaciones que se hayan practicado sin este requisito..., pero se procederá a la celebración del acto en cualquier estado del pleito en que se note su falta». El paralelismo entre acto de conciliación civil y recurso ad-

ministrativo previo de reposición es conocido (14), y debe decirse que se trata de algo más que de una simple analogía externa, pues es tal paralelismo el que ha determinado la configuración de la reposición como una «diligencia preliminar» del recurso contencioso más que como un trámite más para que el acto administrativo «cause estado»; esta naturaleza conciliatoria del recurso de reposición ha sido reafirmada por la Ley de Procedimiento, art. 126, 2, al hacerlo facultativo para el administrado en los casos en que la Ley de lo contencioso lo excluía. Es, pues, como una peculiaridad más de esa configuración positiva de la reposición como debe explicarse la técnica del art. 129, 3, de la Ley de la Jurisdicción (15).

Pero este paralelismo no ha pesado en el caso del pleito, acaso por la conciencia de que la reposición no se había omitido propiamente. GONZÁLEZ PÉREZ había previsto exactamente la hipótesis de que el recurrente no ya hubiese dejado de interponer la reposición siendo preceptiva, sino que la hubiese interpuesto defectuosamente. «Parece ser que en tal caso—dice (16)—la subsanación no es posible, pues el artículo 129, párrafo 3.º, lo que pretende es evitar aquellos casos en que, por notificación defectuosa o por dudarse de si era o no preceptivo según el art. 53, la parte legitimada no dedujo el recurso de reposición en los casos en que era presupuesto procesal. Pero no repetir la reposición cuando el particular conocía que era requisito previo, y al interponerla lo hizo con la infracción de algún requisito que dió lugar a su ineficacia.» No creo, sin embargo, que sean las notificaciones defectuosas lo que trata de remediar ese precepto, pues ese remedio sigue otras

(14) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Consideraciones generales sobre la vía gubernativa, en Estudios dedicados al Prof. García Oviedo*, I, Sevilla, 1954, págs. 220 y ss.

(15) Por ello sería un gravísimo error sostener, como parece que se pretende por alguna Abogacía del Estado, que el arbitrio del art. 129, 3, de la Ley es sólo de aplicación cuando el recurso contencioso se hubiese interpuesto dentro del plazo hábil para interponer el recurso de reposición, es decir, durante el primer mes del plazo de dos que otorga el art. 58. Esta gravísima limitación implicaría no sólo distinguir donde la Ley no lo hace, restringiendo arbitrariamente el supuesto de hecho que sin ninguna reserva formula el precepto que comentamos («no haberse interpuesto el recurso de reposición», sin más), sino contradecir abiertamente toda la significación institucional que al recurso de reposición se ha querido dar en la Ley de lo contencioso y aun todo el sentido general de esta Ley, tal como luce sin equívocos en su Exposición de Motivos. Por lo demás, si existiese alguna laguna sobre la cuestión habría que acudir al principio de supletoriedad que formula la disposición adicional sexta que nos remite a la Ley de Enjuiciamiento civil, y aquí al art. 462, 2, a que el texto alude. Observemos que en el caso de la Sentencia que estamos estudiando precisamente el recurso contencioso se había interpuesto dentro del plazo del primer mes, el mismo día que el recurso de reposición, según se ha indicado, estando, pues, éste en plazo. Sobre la compatibilidad de este art. 129, 3, con el art. 82, e), vid. *infra*, nota 34.

(16) *Derecho Procesal Administrativo*, III, Madrid, 1958, pág. 37.

vías sustantivas. En todo caso, tratándose de una materia de personal, del carácter no letrado de la clase de funcionarios afectados y, en fin, de ser el primer caso de aplicación en cuanto a este punto de la Ley nueva, bien podía haberse utilizado esa técnica tan acomodada al espíritu de la Ley de 27 de diciembre de 1956 que las jurisdicciones de otros países conocen con el nombre de *error scusabilis*, a que parece obligar el principio de la buena fe (17).

4. Pero, en cualquier caso, hubiese o no sido procedente, o meramente oportuna o equitativa, la aplicación del temperamento que el artículo 129 de la Ley permite, hemos de decir que con independencia de esto la doctrina de la Sentencia en cuanto al carácter preceptivo de la reposición tampoco nos parece justificada, y ésta es nuestra objeción de fondo más importante.

El art. 53 de la Ley declara exceptuados del recurso de reposición «las disposiciones de carácter general en el supuesto previsto en el artículo 39, párrafo 1.º». Este art. 39, párrafo 1.º, a su vez, dice lo siguiente: «Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las entidades locales y las Corporaciones e instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa una vez aproba-

(17) Vid. últimamente, O. SEPE: *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, en «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1958, págs. 675 y ss. Para Alemania, EYERMANN-FRÖHLER-HOFMANN: *Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden. Kommentar*, München und Berlin, 1950, pág. 114. Justamente una de las aplicaciones de la doctrina del error excusable en Italia es, por determinación expresa de la ley, la del recurso contencioso interpuesto sin haber agotado la vía gubernativa. El art. 34 de la Ley del Consejo de Estado (Texto único de 1924 modificado en 1925) dice así, y acaso sea bueno recordarlo para salir al paso de quienes opinan que el art. 129, 3, de nuestra Ley es de una excesiva e insólita generosidad: «Quando la legge non prescrive altrimenti, il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è amnesso se non contro il provvedimento definitivo emanato in sede amministrativa, sul ricorso presentato in via gerarchica, salva la facoltà dell'assegnazione di un breve termini per riprodurre all'autorità gerarchica competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile, contro provvedimenti non definitivi.» La institución, por otra parte, no es ni siquiera propia del régimen de garantías administrativas, aunque tenga aquí un campo fecundo de desenvolvimiento, y procede más bien del Derecho procesal romano (SEPE, cit., pág. 676). Su fundamento en el principio de la buena fe en la relación entre el Estado y los súbditos, ya subrayada por ORLANDO: *La Giustizia amministrativa*, en su Tratado, 2.ª ed., Milano, 1923, núm. 379, está enérgicamente presentada en esta frase de PUCHETTI: «en nuestra opinión la *ratio iuris* del instituto está en ésto: no se puede negar justicia a quien con buena fe la ha invocado» (*Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, pág. 129). Su aplicación típica a los casos de «prime applicazione di una legge nuova», o cuando la jurisprudencia precedente no exista, sea oscilante, o intente cambiarse, en GUICCIARDI: *La Giustizia amministrativa*, 3.ª ed., Padova, 1954, pág. 205.

das definitivamente en vía administrativa.» Pues bien, en el caso del recurso no cabía ninguna duda de que se trataba de un recurso directo contra una disposición general y en tal situación sorprende que pueda negarse la aplicación de este precepto terminante.

El argumento de la Sentencia para eludir esta conclusión es un juego de sutilezas de los que sorprende que se utilicen a los efectos de declarar inadmisibles un recurso. Tras ese párrafo 1.º que hemos transcrito íntegro, el mismo art. 39 tiene un segundo párrafo en que se declara «admisibles la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas [disposiciones de carácter general] fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho»; tras admitir la impugnación directa de disposiciones en el primer párrafo, el segundo admite la impugnación llamada indirecta o contra los actos singulares de aplicación de aquéllas. Y viene aún un tercer párrafo, que afirma: «No obstante, serán asimismo impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual.» La tesis de la Sentencia es que en esta concreta hipótesis del párrafo 3.º del art. 39 no hay excepción a la exigencia normal de reposición previa, que, por el contrario, el art. 53 limita al supuesto del párrafo 1.º. Como quiera que el recurrente individual amparaba su recurso en este párrafo 3.º he aquí que para él era preceptiva la reposición.

El error de este argumento está en suponer que el párrafo 3.º del artículo 39 enuncia una hipótesis distinta de la del párrafo 1.º, lo cual, evidentemente, no es exacto. El párrafo 3.º no es excepción al 1.º, sino al 2.º del mismo artículo («no obstante...») y es más bien una precisión, únicamente a efectos de legitimación, del propio párrafo 1.º, un caso particular del mismo, pues. La línea lógica del precepto es la siguiente: cabe impugnar directamente las disposiciones generales (párrafo 1.º), y cabe también impugnar los actos de aplicación de las mismas basándose en la ilegalidad de éstas (párrafo 2.º); cuando los administrados hubiesen de cumplir las disposiciones directamente, entonces lo que procede es la impugnación directa, la del párrafo 1.º, no la indirecta (párrafo 3.º). En otros términos, el párrafo 1.º enuncia la posibilidad general de la impugnación directa y el párrafo 3.º concreta un supuesto de esta impugnación directa; corrobora, en consecuencia, al párrafo 1.º, no lo exceptiona ni menos se aparta de él. De ahí que la regla de la exención de la reposición al alcanzar a todas las impugnaciones directas, que son las referidas en el párrafo 1.º del art. 39, alcance también a los supuestos del párrafo 3.º, que están especificados del régimen general del párrafo 1.º únicamente a efectos de la legitimación (18). Lo que en

(18) Es elemental en la técnica jurídica que toda especificación de supuestos.

verdad quiere decir el art. 53 al limitar la excepción de la reposición previa al párrafo 1.º del art. 39 es que la excepción no procede en el caso del párrafo 2.º, es decir, en la hipótesis de las impugnaciones indirectas o de los actos de aplicación (19), pero me parece que es imposible sostener, como la Sentencia pretende, que la excepción haya de beneficiar únicamente a los supuestos excepcionales de legitimación corporativa a que se refiere, no ya al art. 39 en ninguno de sus párrafos, ni menos el art. 53, sino otro artículo distante y al que ninguno de éstos, que son los que regulan la cuestión, remite: el art. 28, 1, apartado b).

Esta doctrina ni puede deducirse del art. 53, ni del art. 39, ni poniendo en relación ambos preceptos en un análisis detenido. ¿Por qué distinguir donde la Ley no lo hace y distinguir justamente en interés de aumentar las causas de inadmisión de los recursos contenciosos, contra la intención expresamente declarada en la Exposición de Motivos?

Y en cuanto al fondo, ¿por qué habría de darse esa distinción de regímenes en uno y otro supuesto de legitimación cuando en ambos casos el objeto del recurso es absoluta y totalmente idéntico y sus problemas de fondo rigurosamente intercambiables? ¿Por qué cuando el recurrente es un Sindicato habría de darse más facilidades al recurso que cuando es un particular si ambos están recurriendo lo mismo e incluso si sus recursos respectivos pueden ser paralelos y hasta acumulables para ser resueltos por la misma Sentencia? ¿Cómo pueden reconocerse tales efectos a una diferencia absolutamente accidental e incluso indiferente en cuanto al fondo del recurso? Es más, debe decirse que el principio de legitimación corporativa que para la impugnación directa de Reglamentos dispone el art. 28, 1, apartado b), de la Ley, juega como un principio restrictivo de la legitimación individual por el temor de que la impugnación de Reglamentos pudiese llegar a convertirse en una acción popular; sería asistemático dar luego a la impugnación operada mediante esta legitimación declaradamente restrictiva una facilidad mayor de recurrir.

5. Hemos aceptado razonar sobre el terreno a que la argumentación de la Sentencia nos ha llevado. Si ahora nos salimos de él y planteamos el tema abstracto de la recurribilidad en vía administrativa de los Reglamentos desde la perspectiva de la teoría general podremos ver corroboradas nuestras conclusiones con razones de algún peso

(sobre el concepto vid. RENARD: *Le droit, la logique et le bon sens*, París, 1925, páginas 297-335) opera sólo a unos ciertos efectos, no a todos.

(19) Así categóricamente GONZÁLEZ PÉREZ, *op cit.*, pág. 42: «La exclusión [del recurso de reposición] queda limitada, por tanto, a los casos de impugnación directa de disposiciones generales. Pero no si se trata de la impugnación de actos dictados en aplicación de las disposiciones generales, supuesto regulado en el art. 39, párrafo 2.º.»

mayor que las que la técnica de la interpretación textual puede proporcionar. Hay que notar, en efecto, que la Ley de la Jurisdicción no ha omitido la exigencia de una vía administrativa previa para la impugnación directa de los Reglamentos en vía contenciosa por simple arbitrio, sin razones de fondo. Ocurre que la vía administrativa previa está montada exclusivamente en servicio de los actos administrativos *stricto sensu*, y que ni los principios sobre los que se articula ni su misma técnica material se adecúan a las exigencias específicas de la impugnación de Reglamentos ilegales. Vamos a verlo someramente.

El art. 39, 1, de la Ley de la Jurisdicción formula de un modo categórico el principio de que los Reglamentos son inmediatamente residenciables en vía contenciosa para verificar su legalidad «una vez aprobados definitivamente en vía administrativa», sin necesidad, pues, de agotar ninguna vía previa de reclamación; es este principio, que está formulado sin salvedad alguna, y que hay que valorar sobre todo desde la perspectiva en que ahora estamos (20), el que explica, justifica y mide la exención del recurso de reposición que más tarde se limita a corroborar el art. 53, apartado e) (21). Es evidente que tal principio, además

(20) Así lo confirma el lugar sistemático del precepto dentro del Título III, *Objeto del recurso contencioso-administrativo*, capítulo I, *Actos impugnables*, e inmediatamente después del art. 37, donde se formula el principio general de la vía administrativa previa. Es más —y esto me parece definitivo—, este mismo art. 37 que en su párrafo 1.º establece el principio de la vía administrativa previa, en su párrafo 3.º remite para «la impugnación de disposiciones de carácter general» —hay que entender sin duda impugnación directa, puesto que la llamada indirecta es impugnación de actos de aplicación y no de disposiciones, como ya sabemos— al art. 39, interiorizando así dentro de su propio sistema la declaración de éste sobre el particular.

(21) Se ve ahora que la línea interpretativa de la Sentencia no es correcta: no es que el art. 53, apartado e), concrete la exención de la reposición al apartado 1 del artículo 39, sin comprender pues a los demás apartados de este artículo, como se dice, sino que, por el contrario, ocurre que el art. 53, e), se limita a aplicar el principio general de ausencia total de vía administrativa previa que para la impugnación directa de Reglamentos formula sin lugar a dudas (conforme corrobora el art. 37, 3) ese artículo 39, apartado 1, digan luego lo que dijeren los apartados posteriores de este artículo; el principio general es, según esto, el del art. 39, apartado 1, y la remisión del art. 53 a él no opera para constituir un supuesto de hecho específico de este segundo precepto, sino para salvar algo que ese artículo 39 apartado 1, había ya establecido. No se me oculta que hay un equívoco especial en la circunstancia de que el recurso de reposición, sin duda por haber sido introducido por la Ley de la Jurisdicción contenciosa, está configurado en ésta como «diligencia preliminar» del procedimiento contencioso-administrativo más que como una fase de la vía administrativa previa; ya he indicado que esto alude a la naturaleza conciliatoria de la reposición, pero es evidente que no excluye por eso que ésta pertenezca a la vía administrativa y no a la contenciosa. En este sentido la reposición es tan «diligencia preliminar» del procedimiento contencioso como el recurso de alzada. Hoy la Ley de Procedimiento Administrativo regula ambos recursos como especies de un género común.

de contar con tradición en nuestro Derecho (22) se apoya en razones de fondo de consideración.

La vía administrativa previa está técnicamente configurada como una carga que el particular debe cumplir para poder acudir al recurso contencioso, o, en otros términos, e inversamente, como un privilegio de la Administración (23). A su vez, este privilegio se apoya materialmente, por una parte, en la presunción de legitimidad de los actos administrativos y en todas sus razones de fondo en cuanto a la protección por razones de seguridad jurídica y de eficacia administrativa de las relaciones constituidas por tales actos; y, por otra parte, aunque afirmado con carácter general, viene a articularse en profundidad con el principio de que la irregularidad normal de los actos administrativos es constitutiva de una mera anulabilidad, como se comprueba con el

(22) Me refiero, naturalmente, a la esfera local, que es donde surge, por vez primera en nuestro derecho la posibilidad de impugnación directa de Ordenanzas y Reglamentos; pues bien, la Ley de Régimen Local aceptaba el recurso contencioso inmediato contra estos Reglamentos y Ordenanzas «una vez que tengan carácter ejecutivo» (art. 386, 2, recogido en el art. 3.º, párrafo 2.º del texto refundido de la Ley de lo Contencioso de 1952), sin necesidad de reposición, pues, lo cual tiene para el problema concreto que estamos estudiando un interés especial, pues fué también en la esfera local donde surgió la técnica del recurso de reposición previo a la vía contenciosa. Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas*, cit., págs. 23 y ss. MARQUÉS CARBÓ: *El Derecho Local español*, II, 2, Barcelona, 1958, pág. 1.120. Debo decir que, sin embargo, la Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen jurídico de las entidades estatales autónomas, cuya imperfección técnica es notoria, quizá por haber sido redactada desde la perspectiva financiera y no administrativa, ha establecido —derogando, pues, el art. 39, 1, de la Ley de la Jurisdicción— un recurso de alzada contra los reglamentos autonómicos de los que ella llama, con pobre terminología, organismos autónomos, ante el respectivo Ministerio matriz (art. 76). Aun sin aceptar todas las razones de fondo que a continuación damos en apoyo de la exención de la vía administrativa en la impugnación de Reglamentos, parece claro que esta innovación es desafortunada en el orden práctico dado que los Reglamentos de los entes autónomos institucionales requieren ordinariamente aprobación de la Administración matriz por lo que resulta innecesario residenciar todavía ante ésta una alzada previa al contencioso. Es, además, injustificable el criterio de que cada nueva Ley especial derogue en aspectos parciales más o menos extensos la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

(23) Cfr. mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 29, nota. En ocasiones se confunde la vía administrativa previa con el principio de la decisión previa; éste requiere sólo que la Administración se haya pronunciado, aquélla que después de haberlo hecho se le someta con carácter previo toda reclamación sobre tal decisión antes de poder pasar a la vía contenciosa. En el sentido criticado, SERRANO GUIRADO: *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en esta REVISTA, núm. 10, pág. 116. Para los orígenes históricos de la vía administrativa previa en nuestro derecho, sobre bases accidentales, vid. mi estudio *La configuración del recurso de lesividad*, en el núm. 15 de esta REVISTA, págs. 124-8.

hecho de que a los actos radicalmente nulos no alcanza esa presunción de legitimidad (24) ni razón ninguna de protección por motivos de seguridad ni de eficacia de gestión, estando por eso en principio exentos de la carga de la vía administrativa (25). Ahora bien, como ya sabemos,

(24) TREVES: *La presunzione di legitimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, páginas 102 y ss. W. JELLINEK: *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908 (Unveränd. Nachdruck, Meisenheim am Glan, 1958), págs. 54 y ss.

(25) Quizá esta afirmación pueda sorprender, y sin embargo la creo incuestionable. El Tribunal Supremo la ha aplicado sin vacilaciones en su conocida doctrina de que las cuestiones de procedimiento son de orden público (fórmula de la nulidad de pleno derecho) y revisables de oficio por la jurisdicción, aún sin alegación de parte (por ejemplo, Sentencias de 22 de abril y de 5 de marzo de 1955), en contra del criterio común de que la jurisdicción ha de limitarse a resolver sólo sobre lo planteado y resuelto en vía administrativa (doctrina uniforme, p. ej., Sentencia de 21 de mayo de 1955), aceptando incluso entrar en el fondo sobre tal materia aun si la reclamación fuese extemporánea (explícitamente Sentencia de 22 de junio de 1954) o estuviese excluida en cuanto al fondo de la vía contenciosa por no cumplir cualquiera de los tres indispensables requisitos del art. 1.º de la vieja Ley de lo contencioso (Sentencias de 29 de marzo de 1933, de 20 de junio de 1951, etc.), uno de los cuales, si recordamos, era el de que la resolución hubiese causado estado. Igualmente —aunque con más cautela— ha negado la excepción de acto confirmatorio cuando el acto original era radicalmente nulo (Sentencias de 23 de octubre de 1905, de 12 de noviembre de 1935, de 21 de febrero y de 10 de octubre de 1949, de 16 de junio de 1950). Vid. sobre estos temas LEIRA: *El recurso por abuso de poder en nuestro Derecho Administrativo*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 52; SERRANO GUIRADO: *El recurso contencioso*, cit., págs. 119 y ss. y *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, núm. 4 de esta REVISTA, págs. 129 y ss. VILLAR PALASÍ: *La doctrina del acto confirmatorio*, en esta REVISTA, núm. 8, págs. 48 y ss. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no ha resuelto con claridad estos problemas del acto nulo (aunque, por cierto, ha restringido la aplicación de la doctrina de la nulidad que en cuanto a las cuestiones de procedimiento venía sosteniendo esa jurisprudencia citada anteriormente), pero hay en ella base para apoyar lo que en el texto se afirma, esto es, la exención de la carga de la vía administrativa respecto a los actos nulos de pleno derecho. Así, el contraste entre el art. 47 y el 48 es claro: la anulación de los actos anulables debe hacerse valer «utilizando los medios de fiscalización que se regulan en el título V de esta Ley», que son los recursos administrativos (confirma que los recursos están ordenados respecto a los actos anulables el art. 115, que tras reiterar la fórmula exacta que según el art. 48 define la anulabilidad, hace de ello una mención expresa en su párrafo 2.º), en tanto que la nulidad radical que define el art. 47 es «de pleno derecho», no necesita hacerse valer, pues, por medio de recurso administrativo; el acto nulo no es convalidable (art. 53), de donde se deduce que mucho menos su impugnación por el administrado lo hace firme, en fin, el art. 109, acepta explícitamente que la «instancia del interesado» para declarar la nulidad de pleno derecho de un acto puede producirse «en cualquier momento», lo cual, evidentemente es un índice definitivo de que esa instancia no es un recurso (por cierto que el exigir también en este caso de la retirada del acto nulo a instancia del interesado el dictamen vinculante del Consejo de Estado no está justificado; la regla puede estar en su lugar cuando se trata de ejercicio de los poderes revocatorios —o anulatorios— de oficio, y justamente como una garantía de los interesados, pero no en vía de reclamación,

resulta que los Reglamentos ilegales son siempre radicalmente nulos; por eso mismo ni les alcanza la presunción de legitimidad que a los actos administrativos ordinarios (26), de modo que pueden ser desconocidos por cualquiera sin carga de recurrir (27), ni existen razones ningunas de seguridad jurídica o de eficacia de gestión (28) que aconsejen sostener sus efectos una vez promulgados; antes bien, las razones de seguridad jurídica están en este caso por la eliminación rápida del Reglamento ilegal cuya sola apariencia impone confusión y menoscaba la autoridad primariamente debida a las leyes. La seguridad jurídica que aquí puede y debe ser alegada, en efecto, no es la de las situaciones concretas sino la del ordenamiento general, conforme a la específica declaración del art. 17 del Fuero de los Españoles: «Los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas.» De todo esto concluimos con naturalidad que no hay la menor base para someter a la carga de la vía administrativa previa la impugnación judicial de tales Reglamentos, y que lo correcto, en efecto, desde el punto de vista de los principios es la solución declarada por el art. 39, apartado 1 de la Ley de la Jurisdicción: el acceso inmediato de los mismos a los Tribunales contenciosos. Así ocurre absolutamente en todos los países que aceptan la impugnación directa de Reglamentos (29).

cuando son los propios interesados quienes lo piden; por otra parte, implica un trato de desfavor para el acto nulo respecto al acto meramente anulable, puesto que la retirada de éste en vía de recurso no requiere ese dictamen favorable).

(26) TREVES, op. cit., pág. 118, si bien admite que en el derecho positivo italiano se da la figura de Reglamentos meramente anulables, y por ende beneficiados de la presunción de legitimidad; no es éste el caso de nuestro derecho, como sabemos, donde el Reglamento o es válido o es nulo de pleno derecho, pero nunca anulable.

(27) Como es sabido, los Tribunales no sólo pueden sino que deben no aplicar los Reglamentos ilegales, art. 7.º de la Ley orgánica del Poder judicial. Esta observación me parece decisiva, puesto que de no ser cierta la tesis del texto los Reglamentos ilegales serían de aplicación a quienes no hubiesen recurrido contra ellos y los Tribunales para inaplicarlos deberían exigir a las partes prueba de esa impugnación.

(28) Hablando del control judicial de la «delegated legislation» inglesa, que es paralela de los Reglamentos continentales, recuerda ALLEN muy oportunamente «que sólo unos pocos extremistas de talante totalitario disientirían de la opinión del Comité Donoughmore, de que «ninguna consideración de conveniencia administrativa o de eficiencia ejecutiva puede ser aducida para debilitar el control de los Tribunales y ningún obstáculo debe ser establecido por el Parlamento en el camino del franco acceso a ellos» (*Law and Orders*, cit., pág. 236).

(29) Categóricamente en Italia con una vía administrativa idéntica a la nuestra, GUICCIARDI: *La Giustizia amministrativa*, cit., pág. 152. No hay que decir que en Francia, donde no existe vía administrativa previa, como es sabido. También en Inglaterra, donde tampoco la impugnación judicial de la legislación delegada debe pasar antes por un «administrative tribunal» (que, como se sabe, viene a cumplir hoy las veces de la vía administrativa previa, dado que las decisiones de los mismos son residenciables

Toda la tesis de fondo anterior está confirmada en el propio texto de la Ley de la Jurisdicción al hacer independiente, como ya sabemos (artículo 39, 4), la llamada impugnación indirecta del Reglamento, es decir, la de los actos singulares en ejecución del mismo, de la impugnación directa de éste, lo que no puede explicarse sino por el principio de la nulidad absoluta que impide la entrada en juego de la doctrina del acto consentido o confirmatorio, lo que a su vez revela inequívocamente la ausencia de una carga de impugnación directa.

Pero aún pueden aducirse razones más elementales para justificar la inadecuación de la vía administrativa a la impugnación de Reglamentos ilegales. Por de pronto, en la Ley de Procedimiento administrativo el sistema de recursos está expresamente organizado para la impugnación de «resoluciones administrativas» y no de disposiciones generales según su art. 113; es cierto que el art. 120 prevé la hipótesis de «un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general», pero esta desafortunada innovación—como en seguida precisaremos—de todo nuestro sistema tradicional sólo puede cumplirse según el sistema de la misma Ley, que refiere siempre y unívocamente los recursos a los actos, haciendo jugar el apartado 2 del art. 126 que hace potestativa la reposición en los casos exceptuados de ella por el art. 53 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, carácter potestativo que excluye la idea de la carga de recurrir. En segundo lugar, el único modo de que la Administración retire un Reglamento, legal o ilegal, es su derogación o abrogación y no la resolución de un recurso; o en otros términos, es en virtud de la potestad reglamentaria como la Administración puede retirar un Reglamento en vigor (30) y no por la vía del poder de resolución de recursos (31); el que hoy el art. 120 de la Ley de Procedi-

ante los Tribunales judiciales o «courts»). En Alemania, donde hay ordinariamente un trámite previo con funciones análogas a la conciliación, pero no la necesidad de agotar la vía administrativa ascendiendo la línea jerárquica, no es preciso tal trámite previo para la impugnación directa de Reglamentos («abstrakte Normenprüfung»), en los *Ländern* que aceptan tal tipo de recurso.

(30) Vid. *supra* nota 7.

(31) No es tampoco por su naturaleza la potestad reglamentaria una potestad que se adecúe a ser puesta en movimiento por la vía de los recursos administrativos. Inmediatamente el texto en el párrafo siguiente precisa porqué, pero puede ya adelantarse que es una simple consecuencia de que el ordenamiento está rigurosamente *super partes* por lo que la potestad reglamentaria —en cuanto potestad administrativa de participar en la formación del ordenamiento— lo está también. El paralelismo con el caso de la potestad legislativa en aquellos países que aceptan una jurisdicción sobre la constitucionalidad de las leyes es concluyente: ninguno de estos regímenes impone la exigencia de un recurso previo ante el órgano legislativo para poder acceder al Tribunal constitucional, y es aquí completamente evidente que tal recurso no tendría sentido. Sobre el carácter sustancialmente unitario de las distintas jurisdicciones sobre legitimidad de las normas, sea cual sea el rango de éstas, categóricamente

miento dé efectos derogatorios generales a la estimación de un recurso administrativo contra un Reglamento prueba por de pronto que ha sido precisa esta determinación legal expresa para que ese efecto pueda producirse, aunque hay que afirmar que introduce en el sistema de las normas de producción del ordenamiento una complicación innecesaria, afectando gravemente, a mi juicio, al principio de seguridad y de certeza que, según el art. 17 del Fuero de los Españoles, y según los principios generales, debe presidir ese sistema formal de producción, desde el momento en que grava la carga de conocer la ley (art. 2.º del Código civil) con la carga adicional de conocer las resoluciones producidas en los eventuales recursos administrativos suscitados contra los Reglamentos. Por último, la sumisión de los infinitos destinatarios del ordenamiento reglamentario a la carga de recurrir en vía administrativa es técnicamente inorganizable desde puntos de vista prácticos y la propia Administración no ha de tener en ello el menor interés real.

Con la última observación se nos revela de pronto la razón decisiva de toda la tesis que estamos defendiendo, la que creemos que ilumina definitivamente la doctrina que más o menos penosamente nos han ido presentando en aspectos diversos los distintos tecnicismos a los que hemos acudido, y es ésta: el que no pueda gravarse a los ciudadanos con la carga de recurrir en vía administrativa los Reglamentos es una simple consecuencia de que siendo éstos en cuanto ordenamiento una reali-

M. S. GIANNINI: *Illegittimità degli atti normativi e delle norme*, en «Rivista italiana per la Scienza giuridica», 1954, pág. 39. Es conocido el hecho de que la impugnación de Reglamentos se residencia con frecuencia en los Tribunales de justicia constitucional y no en los contencioso-administrativos; así en la importante —y paradigmática en este materia de la justicia constitucional, como es sabido— Constitución austriaca, art. 139. Vid. ANTONIOLLI: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, páginas 93 y ss. ADAMOVICH: *Grundriss des österreichischen Verfassungsrecht*, 4.ª ed., Wien, 1947, págs. 298 y ss. Y en general sobre el tema, la colaboración de SCHEUNER en el volumen colectivo *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, del «Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten», Frankfurt a. M., 1952, páginas 156 y ss. SPANNER: *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen—Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien, 1951. En España el Reglamento Orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales de la 2.ª República, de 6 de abril de 1935, atribuyó a este Tribunal el conocimiento del recurso contra ilegalidad de Reglamentos que preveía el art. 101 de la Constitución, pero el precepto correspondiente fué derogado, como resultado de una moción del Consejo de Estado, por Decreto de 7 de junio de 1935. Vid. sobre esto S. M. RETORTILLO: *La desviación de poder en el derecho español*, núm. 22 de esta REVISTA, pág. 158-9 (donde, por cierto, se afirma que el recurso directo contra Reglamentos de la Ley de lo contencioso de 1956, que estamos estudiando, es «en cierto sentido un verdadero recurso de inconstitucionalidad» que «rebasa los límites originarios del propio contencioso»).

dad supraordenada y objetiva, afectan por sí mismos y directamente a los súbditos, *sin que éstos traben por el hecho de ser destinatarios de tales Reglamentos ninguna relación jurídica concreta con la Administración autora de los mismos en cuanto tal* (32); la relación podrá surgir en el momento de la aplicación de los Reglamentos, aunque tampoco esto es necesario, pues el Reglamento puede referirse, y se refiere con normalidad, a relaciones inter-privadas (33); ahora bien, no es concebible que se imponga un recurso administrativo si no existe una relación jurídico-

(32) Esto debe entenderse aun en el caso de que los Reglamentos afecten directamente a una relación establecida entre esos destinatarios y la Administración misma autora de aquéllos (p. ej., a un contrato o a una concesión en vigor), o cuando sean los Reglamentos los que constituyan una relación de tal carácter (p. ej., una obligación fiscal). Aun en estos casos el Reglamento adviene sobre la relación como un título legal, supraordenadamente a las partes, sin perjuicio de que como un efecto del mismo, y por la entrada en juego de los supuesto de hecho en él contemplados, se cree o se modalice una relación concreta entre tales partes. Es decir, y más claramente, *el efecto del Reglamento sobre la relación administrativa concreta será una consecuencia del contenido eventual de ese Reglamento (eventual, porque puede con normalidad referirse a otras partes distintas de la Administración, con el mismo efecto para ellas), pero en modo alguno un efecto derivado de que el Reglamento haya sido emanado por una de las partes de la relación hipotética*. Se produce siempre la misma separación esencial a que al principio se aludía entre ordenamiento y relación ordenada. Por cierto, e incidentalmente, que en virtud de ésto creo que puede objetarse a la posición con que nuestro Consejo de Estado, y siguiendo sus huellas el Tribunal Supremo, han calificado el principio de la revisión de precios en la Ley de 17 de julio de 1945 configurándolo como una aplicación de la doctrina del «hecho del Príncipe» referida a los aumentos de precios acordados por disposición reglamentaria; sin perjuicio de que esta construcción pueda ser sostenida como una simple técnica instrumental (y creo recordar que el Consejo de Estado al menos no pasó de aquí), en el plano de los principios la juzgo insostenible. Entiendo que está aquí también la razón última de la indemnizabilidad de los posibles perjuicios ocasionados por los Reglamentos, salvo en el caso de que el Reglamento sea ilegal y por ende nulo—pues en tal caso ya no es materialmente un Reglamento—. Cfr. sobre esto último mi libro *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, cit., págs. 190 y ss.

(33) Hay que subrayar, en efecto, que el recurso contencioso directo contra Reglamentos no alcanza sólo a los Reglamentos cuyo contenido material sea de Derecho Administrativo, sino absolutamente a todos, aunque su contenido sea de Derecho privado, procesal, etc. El principio de atribución de los Reglamentos a la jurisdicción contenciosa es puramente formal—todos los Reglamentos en cuanto emanados de la Administración— a diferencia de lo que ocurre con los actos, en que es a la vez formal y material (actos emanados de la Administración y que por su contenido—incluyendo en el contenido el procedimiento y no sólo el objeto— estén sometidos al Derecho Administrativo). Sin lugar a dudas lo afirma así el art. 1.º de la Ley, como ha notado S. M. RETORTILLO: «La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los *actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo* y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.» La razón, naturalmente, está en que lo que se fiscaliza en la impugnación de Reglamentos es el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es una

administrativa singular a que referirse y sobre la cual la Administración tenga precisamente alguna disponibilidad. La condición de autora del Reglamento no es título de disponibilidad para la Administración sobre las situaciones jurídicas creadas por él; lo contrario implicaría revolucionar la estructura del ordenamiento al interponer entre éste y sus destinatarios generales la instancia personal que la Administración significa, lo cual es evidentemente inadmisibile. He aquí otra de esas diferencias esenciales entre Reglamento y acto que impiden en absoluto toda tesis monista: el acto dirigido a un destinatario privado crea una relación concreta entre él y la Administración que ha emanado ese acto, el Reglamento no. La disponibilidad de la Administración sobre los Reglamentos la tiene en cuanto titular de la potestad reglamentaria tal como las «normas de producción» se la han atribuido, pero no en cuanto a su aspecto de ente que entra en relaciones concretas con los administrados. De donde la vía administrativa previa, articulada en servicio de las relaciones concretas, y no de las posiciones generales, no tiene cabida ni justificación posible en el mecanismo técnico de la impugnación de Reglamentos.

6. En resolución, la tesis de la Sentencia de 19 de enero de 1959 ni está en la Ley de lo contencioso, sino más bien contradicha claramente por ella, como hemos visto, ni puede apoyarse, aun al margen del texto legal, en los principios esenciales de la vía administrativa y de la naturaleza y función de los Reglamentos, ni, en fin, se acomoda al criterio general de la Ley de la Jurisdicción de evitar sutilezas interpretativas en cuyas mallas enredar y perder a los recurrentes no avisados. Leyendo el texto de esta decisión parece que podemos concluir que su poco afortunada tesis le ha sido proporcionada por el abogado de la Administración, que fué, en efecto, quien en su defensa opuso la excepción de inadmisión del apartado e) del art. 82 (34), cuya pertinencia la Sentencias concluyó aceptando. En este sentido la tesis es leguleyca, generada en el espíritu defensivo a ultranza de un letrado de

potestad formal, se aplique luego a los contenidos que sean, y en tal sentido sometida siempre al Derecho público. Es ésta la base de la calificación del recurso contra Reglamentos como propio de la justicia constitucional (vid. *supra*, nota 31), ya que, como hemos indicado (*supra*, nota 6, y texto correspondiente), la potestad reglamentaria está atribuida por normas constitucionales.

(34) Aunque marginalmente, bueno será observar que el que este precepto prevea la inadmisión del recurso contencioso cuando «no se hubiese interpuesto, si fuese preceptivo, el recurso previo de reposición» no es, evidentemente, un argumento en contra de la entrada en juego sin limitaciones del art. 129, párrafo 3.º, de la misma Ley, que hemos estudiado más atrás; una elemental interpretación sistemática de ambos preceptos *uti valeant* concreta el juego del primero al supuesto en que el demandante a quien se ha otorgado el plazo extraordinario del art. 129, 3,

parte. Esperamos que el Tribunal Supremo se desembarace pronto de ella para despejar el camino llano de la Justicia cuya guarda tan justificadamente tiene confiada, y en especial en esta materia fundamental y de carácter quasi-constitucional que es la impugnación de Reglamentos.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Catedrático de la Universidad
de Valladolid.

