

## LA COMUNICACIÓN DE LA NULIDAD DE LAS LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES A LOS DECRETOS LEGISLATIVOS A LOS QUE SE INCORPORAN(\*)

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. EL CASO DE LA POLÉMICA.– III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. Los Decretos Legislativos. 2. Los textos refundidos.– IV. LAS DOS GRANDES OPCIONES: LEY NULA O REGLAMENTO VÁLIDO: 1. La comunicación de la inconstitucionalidad. 2. La degradación reglamentaria. 3. El control del reglamento por los principios generales del Derecho. 4. La exclusividad del Tribunal Constitucional en el control de la inconstitucionalidad de la Ley.– V. LA TERCERA VÍA: LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL RECURRENTE EN SEDE ORDINARIA EN TANTO QUE SE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: 1. El papel de las medidas cautelares. 2. Medidas cautelares negativas. 3. Medidas cautelares positivas.– VI. Y VUELTA AL CASO DE ESTUDIO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** La Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/2015, de 16 de febrero, ha traído a la actualidad administrativa cuestiones importantes sobre legislación delegada, Derecho autonómico y efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Ante la cuestión de si la declaración de inconstitucionalidad de la Ley debe comunicarse al texto refundido que la recoge, caben dos respuestas. La primera, que el Tribunal Constitucional aplique la extensión de efectos de la sentencia, opción por la que no se decantó en este caso. La segunda, que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad en el marco del proceso en que se recurra un acto de aplicación del texto refundido. En este último caso, exploraré la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en tanto que la cuestión de inconstitucionalidad se resuelve, que permitan al Órgano Judicial de Primera Instancia inaplicar el texto refundido hasta que haya sentencia constitucional sobre la cuestión.

**Palabras clave:** legislación delegada; declaración de inconstitucionalidad; textos refundidos; medidas cautelares.

**ABSTRACT:** *The judgement of the Spanish Constitutional Court number 22/2015, of 16th February, has taken important questions into the latest administrative news, about delegated legislation, regional Law and effects of unconstitutionality of Law. Before the*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de julio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de enero de 2017.

*question if declaration of unconstitutionality might be communicated to the consolidate texts, two answers are possible. Firstly, the application by the Constitutional Court of the mechanism of extension of effects, a decision which the Court avoided in this case. The second one, the proposition of a question of unconstitutionality in the frame of the proceeding which reviews the administrative act applying the consolidated text. In this latter case, I will explore the possibility of adopting cautionary measures meanwhile the question of unconstitutionality is resolved. This would allow the Judge of the case to unapply the consolidated text until the constitutional judgement on the main question is decided.*

*Key words: delegated legislation; declaration of unconstitutionality; consolidated texts; cautionary measures.*

## I. INTRODUCCIÓN

La legislación delegada es uno de los grandes problemas del Derecho público moderno. Probablemente no se trata sino de una manifestación más del difícil equilibrio de poderes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, pero en cualquier caso es evidente que el Ejecutivo no es el órgano que representa al pueblo soberano, y por lo tanto sus normas, incluso aunque se les reconozca fuerza de Ley, deben estar sometidas a sistemas de control que no se limiten al ámbito de la discusión política, como sucede con las Leyes parlamentarias.

Si a todo esto se añade el control de la constitucionalidad de la Ley (al que por supuesto están también sometidas las Leyes parlamentarias), y la apertura a un control por parte de los Tribunales ordinarios que consagran los artículos 82.6 de la Constitución y 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los decretos legislativos están sometidos a un importante cerco jurídico que los diferencia de la genuina Ley parlamentaria. Estos razonamientos son igualmente válidos para las Leyes del Estado y para las Leyes de las Comunidades Autónomas. Pues bien, este es también el caso de la Ley inconstitucional del caso que estudiaré en las siguientes páginas.

El caso que examino en el presente trabajo presenta la confluencia de diversos problemas que se plantean reiteradamente en el derecho español, y en particular en la jurisprudencia constitucional, pero que no siempre tienen una solución definitiva. Por citar los tres más importantes, aquí concurren, de un lado, el problema de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un tributo, especialmente sobre las liquidaciones firmes; de otro, el problema del papel del Tribunal Constitucional como legislador negativo en el juicio de la constitucionalidad de las Leyes, y si lo ostenta en exclusiva; y por último, el problema de la comunicación de la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional de una Ley al Texto Refundido en que se integra, cuando éste no ha sido impugnado. En este trabajo trataré de aportar una solución a este último problema teórico, aunque proponiendo también una solución a un

caso concreto. Por lo tanto, comenzaré por exponer el problema del supuesto, abstrayéndome después al aspecto doctrinal.

La Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, de la Comunidad Autónoma de Extremadura (1) estableció un tributo sobre instalaciones que incidieran en el medio ambiente, conocido popularmente como la «ecotasa extremeña». La STC 179/2006, de 13 de junio (2), declaró inconstitucional esta norma por la identidad del hecho imponible gravado con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI).

Esta Ley, sin embargo, había sido previamente reformada por la Ley 8/2005 de la misma Comunidad Autónoma (3), que alteraba el hecho imponible del tributo, por lo que no le alcanzó la inconstitucionalidad. Sin embargo, sometida a una segunda cuestión de inconstitucionalidad, los artículos 2a), 6 y 8 de esta última Ley 8/2005 son declarados inconstitucionales por la STC 22/2015, de 16 de febrero (4), por solapamiento con el Impuesto de Actividades Económicas (IAE).

Tarde, sin embargo, porque la Ley 8/2005 incluía en su Disposición Adicional segunda el mandato al Gobierno extremeño de elaborar un Texto Refundido de tributos propios de Extremadura. Para cuando llegó la declaración de inconstitucionalidad, la Ley 8/2005 ya había sido derogada por la aprobación del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de tributos propios de Extremadura (5). Esta norma incluye, aún hoy, las disposiciones declaradas inconstitucionales de la Ley 8/2005, pero jamás ha sido impugnada, ni objeto de cuestión de inconstitucionalidad, y aunque es mencionada en la STC 22/2015, no es objeto de declaración de inconstitucionalidad en sí misma. La inconstitucionalidad de estos preceptos incorporados al Decreto Legislativo 2/2006 está lejos de ser obvia, y de hecho está suscitando las dudas de los contribuyentes sujetos a este tributo.

El objetivo que se propone en el presente trabajo no es simplemente ofrecer una solución al caso expuesto. El caso será el *leitmotiv* del trabajo, además del amarre de su relevancia y actualidad. Y, por supuesto, se ofrecerá una solución al supuesto de hecho. Pero al socaire del caso, se desarrollará un trabajo de

---

(1) Publicada en el DOE de 28 de junio de 1997.

(2) STC, Pleno, 179/2006 de 13 Jun. 2006, Rec. 1219/2005, Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto.

(3) Ley 8/2005, de 27 de diciembre, de Reforma de Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicada en el DOE de 31 de diciembre de 2005.

(4) STC, Sala Segunda 22/2015 de 16 Feb. 2015, Proc.4538/2013, Ponente: Asua Batarrita, Adela

(5) Publicado en el DOE de 23 de diciembre de 2006.

investigación tanto jurisprudencial como doctrinal sobre las relaciones entre Ley parlamentaria y Legislación delegada. Jurisprudencial, porque se analizarán los casos similares (pero no iguales) que se han presentado con anterioridad ante el Tribunal Constitucional y ante el Tribunal Supremo, cómo se han resuelto y qué efectos se ha dado a las sentencias. Y doctrinal, porque se abordará el problema de las relaciones entre las fuentes desde un punto de vista dogmático, se fundamentará la teoría que subyace a la doctrina constitucional sobre el asunto, y se ofrecerá una reflexión que justifique la solución aportada, tanto para el caso concreto como con carácter general.

## II. EL CASO DE LA POLÉMICA

Como explicaba más arriba, el caso comienza con la entrada en vigor de la Ley autonómica extremeña Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente. Bajo la ambiciosa declaración de intenciones con que comienza su exposición de motivos («*Es signo de civilización y progreso en el mundo moderno la defensa del medio ambiente*»), en esta norma creaba un tributo autonómico, aparentemente extrafiscal, llamado Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente. Impuesto que, por cierto, se llamó popularmente «ecotasa extremeña», por su similitud con la célebre «ecotasa balear» (Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre, declarada también inconstitucional por la STC 289/2000 (6)).

Los artículos 1.1 y 2.1 de la Ley extremeña 7/1997 establecían su naturaleza y hecho imponible:

*«Artículo 1. Naturaleza y objeto del Impuesto*

*1. El Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava los elementos patrimoniales afectos a la realización de actividades que incidan sobre el medio ambiente en los términos previstos en la presente Ley. [...]*

*Artículo 2. Hecho imponible*

*1. Constituye el hecho imponible del Impuesto la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, de los elementos patrimoniales situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que se encuentren afectos a la realización de las actividades que integran el objeto del tributo. [...]*».

Sobre esta norma planteó la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura cuestión de

---

(6) STC Pleno 289/2000, de 30 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 838/1992, Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer.

inconstitucionalidad, argumentando la posible identidad del hecho imponible del impuesto con el del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), establecido entonces en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre. A esta misma tesis se adhería la Fiscalía, y se oponían la Abogacía del Estado, la representación letrada de la Junta de Extremadura y de la Asamblea Legislativa de Extremadura.

El Tribunal Constitucional en pleno declaró en su Sentencia 179/2006, la inconstitucionalidad de la Ley en su conjunto, asumiendo el argumento de la identidad del hecho imponible del impuesto que creaba con el hecho imponible del IBI. La conclusión no fue fácil. Por un lado, el Tribunal Constitucional tuvo que admitir que la declaración de inconstitucionalidad sólo se extendía al caso objeto del litigio en el marco del cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad y aquéllos cuyas liquidaciones hubieran sido impugnadas, pero no los casos de liquidaciones firmes. Por otro, resulta relevante que la norma en el momento de enjuiciamiento de su inconstitucionalidad, ya había sido derogada por la Ley extremeña 8/2005, de 27 diciembre, de Reforma de Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que reformaba precisamente el hecho imponible del impuesto.

Sin embargo, en su voto particular, el magistrado ARAGÓN REYES argumentó que, aunque concurría con el fallo de la inconstitucionalidad (a diferencia de los otros tres votos particulares a la Sentencia), disenta de la fundamentación, pues la identidad del impuesto extremeño no debió buscarse según él con el IBI, sino con el Impuesto de Actividades Económicas. Este es un matiz interesante, porque precisamente el segundo fallo de constitucionalidad va a fundamentarse en este mismo argumento, que el magistrado adelantó.

Efectivamente, la Ley extremeña 8/2005 fue el *«fruto del acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración general del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura, en su reunión celebrada el día 13 de abril de 2005, publicado en el "BOE" núm. 40, de 16 de febrero de 2006 y en el que se incluía, como anexo, el propio texto de la norma ahora impugnada»*, tal y como exponía la representación letrada de la Junta de Extremadura en la sentencia que ha declarado inconstitucional esta segunda Ley, la STC 22/2015 (Antecedente de Hecho nº 11). Es decir, que la Comunidad Autónoma de Extremadura, reaccionó frente a la impugnación de la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, reformándola para prevenirse de una posible declaración de inconstitucionalidad, que finalmente llegó.

Evidentemente, no fue suficiente. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea la cuestión de inconstitucionalidad 4538/2013, en esta ocasión argumentando el solapamiento del hecho imponible de la nueva Ley con el Impuesto de Actividades Económicas,

regulado entonces en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre. En particular, son preceptos impugnados los artículos 2, 6 y 8 (7). Frente a estos cambios, el Tribunal Constitucional negó que el cambio supusiera una modificación sustancial del tributo (8).

Pero he aquí que esta vez vuelve a haber un problema. La Ley extremeña 8/2005 también está derogada, como lo estaba la Ley extremeña 7/1997 cuando se dictó la STC 179/2006. Pero en esta ocasión la norma que la deroga no es una nueva Ley de la Asamblea Legislativa de Extremadura, sino un decreto legislativo, un Texto Refundido ya previsto en la propia Ley extremeña 8/2005 en su disposición adicional segunda.

Como en la declaración de inconstitucionalidad de la STC 179/2006, el Tribunal Constitucional declara susceptibles de ser revisadas aquellas situaciones no firmes, pero no resuelve el problema de la aplicación del decreto legislativo. Por un lado, no opta por la posibilidad de la extensión de efectos de la declaración de inconstitucionalidad al Texto Refundido (una solución adoptada en otros supuestos con naturalidad, como explicaré más abajo). Por otro, tampoco adopta una solución alternativa. En realidad, solamente menciona el decreto legislativo de pasada, sin aspirar a pronunciarse sobre su constitucionalidad (*vid.* FJ 1 *in fine*). Aunque efectivamente esta es la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, como demostraré más abajo, en algunos casos ha llegado más lejos, pronunciándose sobre la validez de los preceptos en el decreto legislativo, o al menos sobre la citada *extensión de efectos*.

De momento, baste decir que aunque el Texto Refundido introduzca algunas modificaciones, el impuesto sigue en vigor, a través de los preceptos equivalentes a los impugnados en el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 diciembre,

(7) «Artículo 2 Hecho imponible

Constituye el hecho imponible de este Impuesto la realización por el sujeto pasivo, mediante los elementos patrimoniales afectos señalados en el artículo anterior, de cualquiera de las siguientes actividades:

a) Las actividades de producción, almacenaje o transformación de energía eléctrica... [...]

Artículo 6 Base imponible para actividades relacionadas con los procesos de producción de energía eléctrica.

La base imponible para el supuesto de la letra a) del artículo 2 de esta Ley estará constituida por la producción bruta media de los tres últimos ejercicios expresada en Kw/h».

(8) «Pues bien, dicho lo anterior, debe además resaltarse que la redacción del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente ahora impugnada, resultado de las modificaciones introducidas por la citada Ley 8/2005, no supuso una modificación sustancial del tributo, teniendo un alcance limitado, como de hecho se afirma en la propia exposición de motivos en términos inequívocos: «la modificación acordada con el Estado y que se recoge en la presente norma no supone una alteración de los elementos esenciales del tributo, aunque sí una necesaria clarificación técnica en cuanto a su redacción y una simplificación en la determinación de la base imponible»» (FJ 3 *in fine*).

por el que se Aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Propios (artículos 12, 13, 17 y 19).

### III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Expuestos los hechos, el *quid* de la cuestión puede verse descarnadamente. Hay un problema en el caso concreto, evidentemente, que es la inconstitucionalidad de los preceptos del Decreto Legislativo extremeño 2/2006, de 12 de diciembre, y cuál debería ser el tratamiento de las liquidaciones impugnadas que se rijan por aquella norma después de la declaración de inconstitucionalidad de su predecesora. Al fin y al cabo, la mera lectura de los artículos citados del Decreto Legislativo extremeño 2/2006 sugiere la identidad del impuesto vigente con el de Actividades Económicas.

Sin embargo, abstrayéndonos del caso concreto existe un problema mayor. Cuestiones tributarias aparte, la gran pregunta es ya manifiesta: ¿debe comunicarse la inconstitucionalidad de la Ley al Texto Refundido en que se integra? Para proponer una solución es necesario hacer una reflexión, siquiera breve, sobre el propio concepto de delegación legislativa, y en concreto el tipo delegación legislativa que autoriza al Poder Ejecutivo adoptar un Texto Refundido, pues el problema de fondo en la delegación legislativa es siempre una tensión entre legislativo y ejecutivo (construcción teórica que es indiferente de que la delegación se produzca en el seno de una Comunidad Autónoma).

A estos efectos, mi reflexión partirá de la premisa de que los decretos legislativos son normas formalmente reglamentarias, a las que se reconoce fuerza de Ley en virtud de la delegación, adoptada mediante procedimiento adecuado. Esta es mi opinión la tesis mayoritaria en la doctrina española, asumida también por el Tribunal Constitucional, como parece quedar claro en su jurisprudencia, que explicaré más tarde. El análisis, aunque genérico, se centrará en los textos refundidos, prestando menor atención al problema de los textos articulados.

#### 1. Los Decretos Legislativos

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (9) sitúan los Decretos Legislativos en el marco general de las relaciones entre Ley y Reglamento. Como es bien sabido, la norma general del sistema de relaciones entre Ley y Reglamento se basa en los principios de jerarquía, reserva de Ley, congelación de rango o derogación

---

(9) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2011: 262 y ss.

por norma de igual rango. Este esquema de relaciones puede ser alterado por la propia Ley, y desde luego por la Constitución, mediante la técnica de la delegación legislativa, permitiendo al Reglamento la derogación de la Ley o la regulación de materias inicialmente de la reserva. Se trata siempre de un mecanismo *ad casum* que jamás supone una abrogación de la Ley de su posición. Es, en definitiva, un ejemplo más de relaciones entre Ley y Reglamento. En este contexto puede situarse, sin ir más lejos, la propia potestad reglamentaria del art. 97 CE, que para estos autores es un ejemplo de legislación delegada (como explícitamente se le llama en Inglaterra, por ejemplo) en la medida en que los Reglamentos ejecutivos no hacen más que ejecutar la Ley, un fenómeno genuino de delegación o habilitación de la Ley sobre el Reglamento.

En España, la historia de las delegaciones legislativas es tan relevante que, de hecho, ha sido el método por el que se han elaborado todos nuestros grandes textos. Comenzó con la Ley de 1 de enero de 1845 y nunca cesó, siendo protagonista de las grandes obras legislativas de la Restauración, al principio como una autorización casi en blanco al Gobierno para regular una materia y más tarde en la forma de Leyes de Bases o autorización condicionada.

En este mismo contexto se sitúa, en lo que ahora nos interesa, la delegación legislativa del artículo 82 de la Constitución, claramente deudor del Derecho italiano. Este precepto responde al tipo de delegación de mayor incidencia sustancial en el sistema de fuentes (además, muy habitual en la práctica). Se trata de aquél fenómeno de delegación legislativa en el que la Ley (en este caso, la propia Constitución) reconoce al Reglamento fuerza de Ley, ostentando eficacia derogatoria sobre la Ley parlamentaria anterior en la misma materia. Hay que hacer notar que no por ello el Reglamento se convierte en Ley, ni mucho menos, sino que mantiene su naturaleza de norma emanada de la Administración, lo que explica que mantenga la denominación de Decreto (aunque sea con el subtítulo de «legislativo»).

Sobre este tipo de normas, se han planteado históricamente dos doctrinas. Para la doctrina francesa y sus seguidores la delegación legislativa supone una atribución o transferencia de la potestad legislativa a la Administración, de forma que las normas que ésta dictara serían Leyes en sentido pleno. Sería un supuesto de transferencia constitucional de poderes, una carta blanca a la Administración para legislar. En un primer momento, se analiza desde la perspectiva de la relación de mandato civil, como transferencia de poder, que evoluciona hacia transferencia de potestad; pero ambas teorías son inaceptables, la primera por su inadaptabilidad al Derecho público, y la segunda porque la propia teoría clásica de la potestad determina su intransmisibilidad.

GARCÍA DE ENTERRÍA critica durísimamente esta última tesis, exponiendo que la potestad legislativa es una función del legislador, y por lo tanto una obligación de actuar, no una facultad disponible. Además, tal interpretación sería clara-



mente inconstitucional, tanto para las delegaciones legislativas concretas como por supuesto para aquellas de carácter general. El autor es partidario de una segunda teoría, según la cual el Reglamento sería un «*instrumento jurídico que desarrolla y complementa la Ley*», en expresión de la STC de 30 de noviembre de 1982 (10). En otras palabras, una habilitación (*Ermächtigung*) para ejercitar la potestad reglamentaria que tiene atribuida, pero con un efecto mayor de lo normal en las normas de la Administración; en el supuesto máximo, el del art. 82 CE, con fuerza de Ley.

Pues bien, al fenómeno reconocido en el artículo 82 CE lo llama este autor «delegación recepticia». Efectivamente, lo identifica con la técnica del reenvío normativo, recepticio o material, a través de la cual el órgano reenviante quiere y asume el contenido del acto al cual se reenvía. El Reglamento rellena el contenido de la Ley formal, constituyendo un texto articulado. También puede explicarse por la técnica de determinación *per relationem* del contenido de la voluntad legislativa, de manera que el contenido de la voluntad se deja al arbitrio de un tercero, la Administración. Eso sí, estos procesos se producen con límites, de manera que el Texto Refundido está sometido a los límites que establezca la propia Ley de delegación.

Además, hay que tener en cuenta que la delegación legislativa en España contempla dos supuestos distintos: los Textos Refundidos y los Textos articulados de Leyes de Bases, según el contenido que haya determinado la Ley de delegación (distinción esta confusa, que procede de SANTI ROMANO y fue adoptada por la Constitución Italiana y por la Sentencia de su Corte Costituzionale de 17 de abril de 1957 (fj-n. 54). En atención al caso de estudio, me centraré en el segundo grupo, el de los Textos articulados o refundidos.

## 2. Los textos refundidos

Se corresponden con el art. 82.2 CE. Dice GARCÍA DE ENTERRÍA que la refundición es una operación técnica carente de labor creativa, lo cual es especialmente cierto cuando la delegación se circunscribe a la formulación de un texto único, pero no cuando aspira a «*regularizar, aclarar y armonizar*» los textos, pues su alcance en estos casos puede ser mayor. Es la Ley de delegación la que asigna fuerza de Ley a estos productos, so pretexto de garantizar la sustitución de la Ley anterior.

La delegación legislativa se agota con la publicación del Real Decreto Legislativo (lo que por cierto no sucede con las bases, que según SANTAMARÍA PASTOR continúan en pleno vigor tras la delegación). CARLISSARE CAIANI, citado

---

(10) STC, Pleno, 71/1982 de 30 Nov. 1982, Rec. 86/1982, Ponente: Arozamena Sierra, Jerónimo.

por SANTAMARÍA PASTOR, ha propuesto que el texto articulado se califique de «novación» de las normas que refunde, en lugar de derogación, porque no tiene auténtica eficacia derogatoria de las normas a las que sustituye: se trataría, en realidad, de las mismas normas refundidas en un segundo texto, que dejan de tener eficacia por sí solas, salvo para un fin concreto: el control de la observancia de los límites de la derogación en el Texto Refundido y su interpretación (11).

En nuestro caso de estudio, es el Estatuto de Autonomía de Extremadura el que recoge la figura de la Delegación Legislativa en su artículo 22 (12). Debo notar ya que el último inciso de este precepto puede llegar a ser clave, porque precisamente es la ratificación del Texto Refundido o articulado por el Poder Legislativo lo que garantiza su inmunidad ante los Tribunales ordinarios. Este será un argumento más para residenciar el control de la constitucionalidad del Decreto Legislativo extremeño 2/2006 ante el Tribunal Constitucional, en los términos que explicaré más abajo.

Hecho este repaso general, conviene aclarar mi posición. En mi opinión, el decreto legislativo es una norma reglamentaria a la que se atribuye fuerza de Ley, pero a la que no puede reconocérsele el carácter de Ley formal equivalente a la Ley parlamentaria. GARCÍA DE ENTERRÍA, que cree entrever esta distinción en la antigua Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1959, la fundamenta en la obra del italiano SANDULLI, que distinguió entre fuerza de Ley y valor de Ley. La fuerza de Ley sería la «*particular potencia que es propia de los pronunciamientos legislativos*», mientras que el valor de Ley sería la posición formal de Ley en el ordenamiento, que sólo puede tener la Ley parlamentaria (o, en su caso, Leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas), pues son la única expresión de la soberanía popular (arts. 1.2 y 66 CE) (13). Sin entrar una discusión teórica sobre esta distinción

(11) L. CARLASSARE CAIANI, 1961: 93 y ss.

(12) «Artículo 22. Potestad legislativa.

1. La potestad legislativa de la Comunidad Autónoma reside en el Pleno de la Asamblea, que podrá delegarla en las Comisiones en los términos y condiciones que establezca el Reglamento de la Cámara, salvo en los casos en los que este Estatuto exige una mayoría cualificada o en las Leyes de presupuestos.

2. Con las mismas limitaciones, el Pleno de la Asamblea podrá delegar expresamente en la Junta de Extremadura la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas decretos legislativos, sobre materias determinadas y con los fines, objetivos, alcance, prohibiciones, plazos y formas establecidos en los artículos 82 y 83 de la Constitución.

3. Sin perjuicio de los controles parlamentarios adicionales que pudieran establecerse en la Ley de delegación, los textos articulados o refundidos se someterán, antes de su entrada en vigor, a una votación de totalidad en procedimiento de lectura única en la Asamblea».

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1981: 39 y ss.; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, 1991: 649; A. SANDULLI, 1957: 269 y ss. y GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 1995.

(que surge en el marco de la doctrina italiana, cuya Constitución de 1947 sí reconoce esta diferencia entre *fuera de Ley* y *valor de Ley* en sus artículos 76 y 77), expresa bien cuál es el papel de los decretos legislativos en general, y especialmente de los textos refundidos en derecho español.

De su naturaleza reglamentaria formal deriva el hecho de que la delegación legislativa pueda ser controlada por los Tribunales ordinarios (como ya dice con carácter general el artículo 82.6 de la Constitución, *sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales*), y de ahí también que se someta al procedimiento de elaboración de los Reglamentos (especialmente, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado, artículo 21.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

Por eso, no debe sacarse de contexto la expresión que emplea la Constitución para los textos refundidos, *la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*, (tomada de la Disposición transitoria primera de la Ley General Tributaria de 1963). No se trata tanto de un supuesto más complejo que el de la formación de un texto único, sino que, como ha dicho el Tribunal Constitucional *la naturaleza y contenido propios de la refundición que carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia [sobre la constitucionalidad de la Ley parlamentaria refundida] puede trasladarse prácticamente en los propios términos a sus disposiciones* (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 3).

Discrepo por tanto de posiciones como las de DE OTTO (14), o VIRGALA FORURIA (15), o la más tardía de HERREROS LÓPEZ (16). En términos generales todos vienen a reconocer a los decretos legislativos rango de Ley desde su publicación, sin posibilidad de ser degradados a rango reglamentario los preceptos que puedan calificarse de *ultra vires*. La conclusión suele ser que el único control posible de los decretos legislativos es el del Tribunal Constitucional, a pesar de la expresión explícita del artículo 82.6 de la Constitución.

Pero en el caso de estudio, es evidente que no tenemos un Reglamento *ultra vires*, porque el Decreto Legislativo extremeño 2/2006 se dictó plenamente dentro de los límites de la delegación legislativa. La nulidad por inconstitucionalidad de la Ley extremeña 8/2005 implica, y esta es la mejor solución, la nulidad de los mismos preceptos en el decreto legislativo. Pero esa nulidad por inconstitucionalidad no es un mero problema de *ultra vires* sino que requiere

(14) I. DE OTTO PARDO, 1987.

(15) E. VIRGALA FORURIA, 1999.

(16) J. M. HERREROS LÓPEZ, 2005: 2185.

un nuevo control de constitucionalidad. Esto es así porque, como explicaré más abajo, la STC 22/2015 no aplica el mecanismo de la extensión de efectos. Además, en todo caso media la ratificación necesaria de la Asamblea Legislativa de Extremadura que prevé el artículo 22.3 de su Estatuto de Autonomía. El problema en definitiva, es de pura constitucionalidad, y no de mera legalidad, y debe ser revisado por tanto por el Tribunal Constitucional.

#### IV. LAS DOS GRANDES OPCIONES: LEY NULA O REGLAMENTO VÁLIDO

##### 1. La comunicación de la inconstitucionalidad

Por lo pronto hay que comenzar reafirmando la tesis que vengo sosteniendo: el decreto legislativo es una norma reglamentaria a la que el procedimiento de delegación legislativa iniciado por las Cortes Generales atribuye fuerza de Ley. Por otro lado la teoría del *ultra vires* tampoco resulta aplicable, y lejos de reafirmar la degradación del decreto legislativo a rango reglamentario o de someter el problema a los Tribunales ordinarios, sólo sirve para reafirmar que el problema es de constitucionalidad de fondo del decreto legislativo: efectivamente, si el Decreto Legislativo a sido fiel a los límites de la delegación, habrá recibido los preceptos inconstitucionales de la Ley delegante. Todo lo cual dirige la cuestión sólo y exclusivamente ante el Tribunal Constitucional.

Es un punto de partida común que el decreto legislativo que aprueba un Texto Refundido deroga las Leyes que refunde. Esto es claro en el caso del decreto legislativo extremeño 2/2006, cuya disposición derogatoria afirma:

*«Disposición Derogatoria única. Derogación normativa.*

*1. A la entrada en vigor de este Decreto Legislativo quedarán derogadas, con motivo de su incorporación al Texto Refundido que se aprueba las siguientes Normas:*

*[...]*

*– La Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el Medio Ambiente, de 29 de mayo, de Medidas Fiscales sobre la Producción y Transporte de Energía que incidan en el Medio Ambiente.*

*[...].».*

Por otra parte, insisto en que el alcance de la expresión *«regularizar, aclarar y armonizar»* no es interpretado por la mayoría doctrina en el sentido de que el Texto Refundido, aunque no se limite a reproducir el texto de las Leyes refundidas, sea una nueva Ley. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, a quienes citaba más arriba afirman: *«en el caso de los textos refundidos la labor que*

*se confía al gobierno es, podríamos decir, puramente técnica y no creadora: sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de Leyes que inciden sobre un mismo objeto (art. 82.2 de la Constitución), sin alterar la regulación material que de esta pluralidad de normas resulta» y «la labor refundidora que la Ley encomienda la administración, a pesar de no ser esencialmente creadora, aporta siempre un novum importante, sin el cual no tendría sentido la delegación legislativa, y es que el Texto Refundido sustituye, derogándolas, a las Leyes en el refundidas que a partir de ese momento a dejan de ser aplicables» (17). Es decir, el Texto Refundido, incluso en el caso de la regularización, aclaración o armonización, no supone una nueva Ley, sino como mucho un juicio de valor sobre las normas que deroga. Esta tesis ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. En la relación jurisprudencial de casos previos similares a éste que hago más abajo pueden encontrarse multitud ejemplos (18).*

Por otra parte la sentencia suscita el problema de la relación entre la Ley refundida una vez derogada y el decreto legislativo. Efectivamente, la Ley derogada sigue teniendo una especie de vigencia a efectos del control sobre el Texto Refundido, y también a efectos de su interpretación. Según GARCÍA DE ENTERRÍA (19) ambas cuestiones están relacionadas. Según él, uno de los aspectos sustanciales de la refundición es precisamente la interpretación de los textos que se refunden, un presupuesto de la refundición, pero que no agota su contenido, porque que como ya hemos dicho la refundición es también un juicio de fondo. Por eso dice el autor que el Texto Refundido no es una Ley que formule una interpretación auténtica. Pero precisamente, la interpretación de la Ley original refundida será un parámetro de control de la legalidad del Texto Refundido. El motivo por el que introduzco estos aspectos en la argumentación es porque quiero resaltar la relación íntima entre la Ley original y el Texto Refundido, como ha dicho la citada STC 61/1997 (20).

---

(17) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, 2011: 268.

(18) Por poner uno, la formulación ya clásica de la STC 61/1997 es que:  
*«Al fin y al cabo, la Ley de delegación, desde un punto de vista sustantivo o de contenido material, solo puede ser derogada por el Texto Refundido en la medida en que, por lo que aquí interesa, haya incorporado los textos legales que deba refundir, sin que tampoco pueda olvidarse que, aun habiendo sido derogada, habrá de actuar siempre —mientras siga vigente el Texto Refundido— como parámetro para medir las eventuales extralimitaciones en que haya podido incurrir la refundición [F] 2).».*

(19) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 132, nota al pie.

(20) *«Conviene notar que, en el presente caso, nos encontramos ante una norma (la Ley 8/1990) que se halla derogada precisamente en la misma medida en que es sustituida por el T.R.L.S., que, como tal Texto Refundido, carece técnicamente de capacidad innovadora, con lo que la controversia competencial puede trasladarse, prácticamente en sus propios términos, a sus disposiciones, como así ha ocurrido efectivamente [F] 3).».*

A estas alturas, resulta obvio que la relación entre las Leyes extremeñas 8/2005 y el resto de la refundidas en el Decreto Legislativo extremeño 2/2006 no era simplemente la derogación de la Ley anterior por la posterior. Al contrario, incluso después de la derogación, en el caso de la delegación legislativa en la modalidad de textos refundidos, la norma originaria tiene plenos efectos sobre la refundida, y eso sucedía con la Ley 8/2005 respecto del decreto legislativo 2/2006. Expresado en términos más explícitos, podría decirse que si el decreto legislativo 2/2006 debe ser interpretado a la luz de la Ley 8/2005, la nulidad de algunos preceptos de esta última obviamente implica su nulidad en el decreto legislativo.

En su mejor doctrina el Tribunal Constitucional ha adoptado en sus fallos la doctrina de la extensión de efectos del artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que extiende los efectos de la Sentencia de inconstitucionalidad a los respectivos decretos legislativos. Así lo hicieron las SSTC 196/1997, 81/2003 y 194/2000. Sin embargo, la misma previsión no se adoptó en la sentencia 22/2015 (21). De ahí el problema: la Ley extremeña 8/2005 ha perdido toda su vigencia por la declaración de inconstitucionalidad, pero el decreto legislativo extremeño 2/2006, que la incorpora, sigue vigente, y sin ser impugnado, porque aunque el Tribunal Constitucional reconoció conocer de su existencia en la sentencia no lo mencionó a efectos del fallo.

Tampoco puede descartarse como escenario posible a efectos teóricos que el Tribunal Constitucional aprecie que el ejercicio sutil por parte del legislador reglamentario de su potestad de *regularizar, aclarar y armonizar* haya dado lugar a una norma suficientemente diferente en el decreto legislativo como para ser declarado constitucional. En mi opinión esto es improbable, porque como vengo argumentando, la facultad de *regularizar, aclarar y armonizar* es en realidad muy estrecha y limitada. Sin embargo, incluso en ese caso la declaración de la constitucionalidad sólo puede quedar en manos del Tribunal Constitucional, lo que refuerza mi argumento: una vez que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre el decreto legislativo al declarar la inconstitucionalidad de la Ley, aunque se comunique la inconstitucionalidad, es necesario acudir al Tribunal Constitucional para declararla.

---

(21) Como estudio jurisprudencial, es necesario referirse al menos a las siguientes sentencias: STC, Pleno, Sentencia 61/1997 de 20 mar. 1997, Rec. 2477/1990 Ponente: Ruiz Vadillo, Enrique; STC, Pleno, Sentencia 194/2000 de 19 Jul. 2000, Rec. 1404/1989 Ponente: Viver Pi-Sunyer, Carles; STC Pleno 289/2000, de 30 de noviembre, Recurso de Amparo núm. 838/1992 Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer; STC, Pleno, Sentencia 81/2003 de 28 abr. 2003, Rec. 2718/1996 Ponente: Gay Montalvo, Eugeni.; STC, Pleno, Sentencia 113/2006 de 5 abr. 2006, Rec. 1438/2000 Ponente: Pérez Vera, Elisa.; STC, Pleno, 179/2006 de 13 jun. 2006, Rec. 1219/2005 Ponente: García-Calvo y Montiel, Roberto.

Otra cosa serán las medidas que el Juez de lo contencioso-administrativo puede adoptar en su caso para proteger los intereses del recurrente en tanto que el recurso se resuelve, y esa será la materia a la que dedique buena parte del presente trabajo.

## 2. La degradación reglamentaria

Aunque rechazo esta posibilidad —que además no es admisible en el caso concreto, porque como es bien sabido el artículo 31.3 CE exige rango de Ley para la creación de tributos— es necesario abordarla sobre la teoría. El razonamiento sería el siguiente: de conformidad con la doctrina del *ultra vires*, y partiendo de que el decreto legislativo es siempre un Reglamento (fundamentos ambos de la teoría que yo vengo sosteniendo), un precepto del Texto Refundido que no tuviera fundamento en la Ley ordinaria que autoriza la refundición, tendría rango reglamentario. Esta teoría es admisible porque el decreto legislativo está sometido al mismo procedimiento de elaboración que cualquier otra norma reglamentaria y por lo tanto es admisible como Reglamento, en el que el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria, puede crear las normas de este rango que considere oportuno. Además, esta teoría permite el control del decreto legislativo por los Tribunales ordinarios. Esta no deja de ser la formulación clásica de la doctrina del *ultra vires*.

Pues bien, en el marco del problema de la inconstitucionalidad de la Ley después incluida en el Texto Refundido, la teoría operaría de la siguiente manera: la declaración de la nulidad de la Ley supone la inexistencia de la norma. Por lo tanto, si la norma que integró el Texto Refundido no existía (precisamente porque era inconstitucional y nula), el Texto Refundido no tiene fundamento legal, por lo menos no en los preceptos declarados inconstitucionales. Por lo tanto los preceptos pueden ser válidos, pero sólo como normas reglamentarias.

Esta opción sin embargo es inadecuada para el supuesto de la comunicación de la inconstitucionalidad de la Ley nula. Para argumentar esto es necesario recurrir, por un lado, a dos argumentos que excluyen ésta posibilidad con carácter general, y después a otros dos de carácter particular, que la excluyen en el caso.

En primer lugar hay un problema permanente sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Como vengo diciendo, en lo que respecta a las liquidaciones, la mayoría de las sentencias de inconstitucionalidad (y así lo hace el también la STC 22/2015) declaran sus efectos sólo frente a los procedimientos no firmes en los que la norma sea aplicación. Este régimen puede considerarse incluso demasiado simplista, al menos a la luz de las complejas teorías con las que el Tribunal Constitucional alemán ha intentado

resolver el problema de la aplicación de Leyes inconstitucionales en el ámbito tributario (22).

Bien es cierto que esta lógica es difícil de trasladar a la teoría de las fuentes del derecho, pero lo importante es que el Tribunal Constitucional renuncia a los plenos efectos de una inconstitucionalidad *ex tunc*, aunque ésta sería la teoría más pulcra desde el punto de vista teórico de la nulidad. El hecho es que la norma existía, al menos aparentemente, en el momento en el que se aprobó y publicó. El propio Tribunal Constitucional acepta los efectos de la norma inconstitucional sobre los procedimientos firmes, por lo que no debería ser un problema admitir los efectos de la norma sobre el procedimiento de elaboración del Texto Refundido (que al fin y al cabo es un procedimiento de elaboración de un Reglamento). Es decir, que se puede reconocer fuerza de Ley al decreto legislativo incluso en los preceptos de la Ley refundida que son, según la sentencia constitucional, nulos y por tanto inexistentes. Además, la fuerza de Ley se le reconoció al decreto legislativo a través de la norma delegante (en este caso la disposición final 2ª de la Ley extremeña 8/2005), que no se ha declarado inconstitucional.

Por otra parte, y como ya he defendido más arriba, el gran problema es la comunicación de la inconstitucionalidad, porque el Texto Refundido es sustancialmente la misma norma. Lo que tenemos es un problema de la relación de un precepto con fuerza de Ley con la Constitución, no un mero problema de ajuste del decreto legislativo a la Ley delegante. Por eso no puede reducirse al problema a una cuestión de *ultra vires* —que, eso sí, dejaría en manos de los Tribunales de lo contencioso-administrativo la declaración de inconstitucionalidad del Reglamento, y si es inconstitucional la Ley, ¿cómo no va a serlo el Reglamento? A pesar de la nulidad sobrevenida de la Ley 8/2005, no se puede decir simplemente que el caso se limita a un problema de fidelidad del decreto legislativo 2/2006 a la norma que refunde, porque lo que hay es un auténtico problema de constitucionalidad del contenido correctamente refundido del decreto legislativo, que es al fin y al cabo una norma con fuerza de Ley.

Estos problemas los planteo con carácter general, pero en el supuesto concreto del Decreto Legislativo 2/2006 hay dos argumentos más que permiten rechazar definitivamente esta teoría. El primero de ellos es que, como vengo diciendo, el artículo 22.3 del Estatuto de Autonomía de Extremadura más arriba transcrito exige que los decretos legislativos, tanto Textos Refundidos como Leyes de Bases, sean ratificados por la Asamblea Legislativa de Extremadura en una votación sobre conjunto del texto en un procedimiento de lectura única. Bien es cierto que este es el procedimiento legislativo más simple, y probablemente sea el más favorable a los intereses de ejecutivo, pero no deja de ser un pro-

---

(22) P.M. HERRERA MOLINA (1996).



cedimiento de elaboración de auténticas Leyes parlamentarias, expresión de la voluntad popular. Por lo tanto, en la medida en que haya sido aprobada por la Asamblea Legislativa de Extremadura, esta norma será inatacable por los Tribunales ordinarios, como demuestra la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se niega a comprobar la adecuación del Código Civil a su respectiva Ley de bases por haber sido aprobado en su momento por las cortes generales (23).

El segundo argumento es mucho más sencillo y llano. Se trata, pura y simplemente, de la reserva de Ley para establecer tributos que impone el artículo 31.3 de la Constitución. Por lo tanto, los preceptos dentro del decreto legislativo podrían ser válidos como norma reglamentaria, pero violarían la reserva de Ley material de la potestad tributaria. Evidentemente el resultado de esta teoría sería insatisfactorio: el impuesto no solamente sería inconstitucional, sino de hecho completamente nulo, y además esa nulidad podría ser declarada por los Tribunales ordinarios, pues no sería más que una norma reglamentaria revisable por ellos.

Pero por encima de todo esto, el gran argumento es de índole práctica. Y es que en casos similares, el propio Tribunal Constitucional, como demostraré en el siguiente epígrafe al hablar de los precedentes, ha resuelto problemas parecidos, incluso con tributos u otras materias sometidas a reserva de Ley, extendiendo los efectos de inconstitucionalidad decreto legislativo, y no degradándolo a norma reglamentaria.

### **3. El control del reglamento por los principios generales del Derecho**

Por último, no quiero dejar de mencionar una de las técnicas fundamentales de control de la potestad reglamentaria en Derecho español. Hablar aquí del control de la potestad reglamentaria por los principios generales del derecho parece algo desubicado: por un lado, el decreto legislativo es una norma con fuerza de Ley, por lo que no parece coincida con el objeto de control por los principios generales del derecho, que se enfoca a la elaboración de normas reglamentarias con rango inferior a la Ley. Por otro, ya he dicho reiteradamente que sólo el Tribunal Constitucional debe ser competente para analizar la constitucionalidad del decreto legislativo, cosa que hará contraponiendo esta norma con la Constitución, que efectivamente contiene algunos de los principios generales del derecho más importantes de nuestro ordenamiento, pero desde luego el control de la constitucionalidad de las Leyes no es un control comparable al de la potestad reglamentaria.

---

(23) Sobre el procedimiento de elaboración del Código Civil y su aprobación parlamentaria, vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, 1986: 245 y ss.

En realidad, incluyo este epígrafe como continuación natural del anterior. Efectivamente, si el decreto legislativo es una norma formalmente reglamentaria, una norma de la Administración en definitiva, aunque tenga fuerza de Ley, será necesario aplicarle los mecanismos de control de la potestad reglamentaria. Aunque ya he desechado esta teoría, creo que es necesaria como argumento de cierre sobre los mecanismos alternativos de control al que yo propongo, que es el puro control de constitucionalidad.

De todas maneras, ya que la mayoría de los principios generales reconocidos en el derecho español actual traen causa de la Constitución —cómo puede ser, sin ir más lejos, la prohibición de doble imposición, que era el *quid* de la inconstitucionalidad en la STC 22/2015—, un control por los principios generales es hoy en día en gran medida un control de constitucionalidad. El actual fundamento constitucional de este límite hay que buscarlo en el sometimiento de la Administración al Derecho (art. 103 CE) —en expresión tomada del parágrafo 20 (3) de la Constitución alemana—, así como en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Este control ha de ponerse en el contexto de la sumisión de los Reglamentos a los principios generales del Derecho —fuertemente vinculado al control de la discrecionalidad— se desarrolla plenamente en Francia, donde actuando en contra de su propia tradición jurídica, la Constitución de 1958, al reconocer un ámbito material de reserva de Reglamento, vincula éstos directamente a la Constitución, eliminando el sometimiento de la potestad reglamentaria a la Ley. En España —y sin negar la influencia de la jurisprudencia francesa—, debe buscarse el origen de esta doctrina en el impulso que viven los principios generales del Derecho desde la primera mitad del siglo XX. Como ejemplo de las últimas décadas, el Dictamen del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1982 rechaza que el Reglamento pueda ser utilizado para un fin distinto de su propia regulación material (y en concreto, para resolver problemas puntuales) lo que confirma la STS de 15 de septiembre de 1995, y la jurisprudencia más moderna ha incluido casos como que el Reglamento parta de una apreciación inexacta de la realidad, o que sean objetivamente irrazonables o que aboquen a resultados objetivamente injustos (STS de 15 de junio de 2005) (24). Son, en todo caso y en contra de lo que pudiera parecer, un límite rígido (25).

Hecha esta introducción, bastará con detenerse los puntos fundamentales. En primer lugar el control por los principios generales del derecho está disponible para todos los Tribunales ordinarios y para el propio Tribunal Constitucional. Por lo tanto, el estudio de los principios generales del Derecho en el control del decreto legislativo tiene interés en la medida en que puede producirse tanto

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, 2011:209 y ss.

(25) J. L. VILLAR PALASÍ y J.L. VILLAR EZCURRA, 1987: 237.

mediante el control constitucional, que yo propugno, como mediante un supuesto control ordinario de un decreto legislativo devenido norma reglamentaria.

Como ya he apuntado antes la propia Constitución es fuente de principios generales, y de hecho la propia prohibición de doble imposición lo es. Este principio general tributario, que nuestro caso sería derivado de un derecho (el del artículo 31.1 de la Constitución) podría tener un papel en el control del Reglamento, sino fuera una vez más por la reserva de Ley.

Aunque una vez más la reserva de Ley frustra la aplicación de la doctrina estrictamente al caso concreto, su interés con carácter general deriva precisamente de la desconfianza que el mundo moderno experimenta frente a la Ley (26). Efectivamente, la concepción idealista de la Ley como producto racional ha sido cuestionada por la propia realidad, que convierte a la Ley en instrumento de las ideas más irracionales, hoy simple técnica organizativa, y en definitiva desconectada de la justicia. De ahí el auge de los valores materiales representados en los principios generales del Derecho frente a la Ley en sentido meramente positivo.

Toda esta reflexión, más que aportar una solución alternativa al control del decreto legislativo, aspira a poner de relieve que dentro de los mecanismos de control reconocidos en el derecho español, y en concreto dentro de control constitucional, debe incluirse necesariamente un control de valores materiales, en definitiva un control por los principios generales del Derecho, tanto sobre la cuestión principal de fondo (en el caso estudio, el problema de la doble imposición) como sobre aspectos más generales (los límites del Poder Ejecutivo y su relación con el Poder Legislativo, por ejemplo) y los propios derechos fundamentales, de manera que el control de los decretos legislativos no puede limitarse a un control de mera legalidad, ni siquiera de mera conformidad formal con la Constitución. Deben valorarse en todo caso los efectos que la norma cuestionada tiene sobre la esfera derechos de los ciudadanos, en este caso de los contribuyentes, y especialmente del recurrente del procedimiento en el marco del cual se plantea la discusión. Sirva esta reflexión para explicar que no se debe reducir la comunicación de la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo simplemente una cuestión de fuentes, sino también un problema de derechos del recurrente.

#### **4. La exclusividad del Tribunal Constitucional en el control de la inconstitucionalidad de la Ley**

Como vengo diciendo, el problema en el caso de estudio no es el *ultra vires*. No se trata de la fidelidad del decreto legislativo a la Ley delegante, que

---

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 220.

no está en cuestión. Se trata de la inconstitucionalidad de fondo de la norma con fuerza de Ley. En este sentido, el problema no es otro que el del control de la constitucionalidad de las Leyes. Esto es así y se expresa con toda claridad en el artículo 27 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El mecanismo de impugnación puede ser tanto un recurso directo de inconstitucionalidad como una cuestión de constitucionalidad. La cuestión, sin embargo, es el mecanismo adecuado para ser planteado en el marco de un procedimiento contencioso-administrativo, porque es el que permite al Tribunal Constitucional revisar la constitucionalidad de la norma en aras de la resolución del caso concreto. En otras palabras, cuando se impugne una liquidación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la que se haya aplicado decreto legislativo 2/2006, el mecanismo adecuado para su declaración de inconstitucionalidad no puede ser una extensión de efectos adoptada por el propio órgano judicial de lo contencioso-administrativo. El motivo es muy simple y se deriva de lo que ya expliqué analizar las resoluciones del Tribunal Constitucional que son precedentes del caso: la extensión de efectos es un mecanismo en manos del Tribunal Constitucional en virtud de lo que dispone el artículo 39.1 de su Ley orgánica, *cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*. Es, por lo tanto, un mecanismo fuera del alcance de los Tribunales ordinarios.

La única solución en manos del órgano judicial ordinario es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Sobre esto la doctrina española tradicional (27) ha dicho que cuando la duda sobre la constitucionalidad la Ley sea razonable el Juez ordinario planteará la cuestión de inconstitucionalidad. De algún modo, una cierta doctrina ha venido diciendo que el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad es obligatorio si la duda existe, y no disponible para el Juez ordinario, que sólo podrá rechazar la cuestión sino tiene dudas sobre la constitucionalidad de la Ley que va aplicar. En este sentido, es defendible que debería existir un cierto control del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad por parte del Juez ordinario.

Quiero aclarar cómo último punto, que existe una última solución: el recurso de amparo frente a una sentencia que aplicara el decreto legislativo. Los inconvenientes de este mecanismo son evidentes: por un lado, desde un punto de vista material, el recurso amparo requerirá que se haya violado un derecho fundamental recurrible, lo que no siempre ocurre (y desde luego no el del art. 31.1 CE). Por otra parte, asumiendo un punto de vista puramente procesal, se admiten muy pocos amparos en el Tribunal Constitucional español,

---

(27) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1971: 181.

que tardará años en resolver y que se plantean habitualmente problemas de ejecución.

## **V. LA TERCERA VÍA: LA PROTECCIÓN CAUTELAR DEL RECURRENTE EN SEDE ORDINARIA EN TANTO QUE SE RESUELVE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **1. El papel de las medidas cautelares**

El desarrollo de la justicia cautelar en el procedimiento contencioso-administrativo es uno de los grandes éxitos del Derecho público español reciente. No merece la pena detenerse aquí en un análisis teórico sobre las medidas cautelares, porque no es ni el momento ni el lugar.

Sí que merece la pena recalcar que las medidas cautelares, hoy positivizadas, se han abierto paso en nuestro derecho a través de casos en los que la protección que ofrecía al recurrente una sentencia sobre el fondo que llegaba tarde, en el marco de un proceso largo y tedioso, era palmariamente insuficiente. Se podrían citar, como los grandes clásicos los Autos del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Del País Vasco de 21 de marzo de 1991, magníficamente estudiados por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien por cierto observo la influencia en el desarrollo de nuestras medidas cautelares de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial referencia la sentencia *Factortame* (28).

Por eso, más que hacer una especie de introducción teórica sobre las medidas cautelares, resulta de interés a este trabajo destacar ese proceso evolutivo, hoy ya consolidado, para demostrar que en el supuesto de estudio merece la pena dar un paso más. La tutela cautelar es a priori una opción a disposición de cualquier recurrente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, pero en la práctica la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que las medidas cautelares se aplicarán restrictivamente, de manera que solamente accederán a la tutela cautelar supuestos de hecho en los que concurran destacadamente los requisitos de *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e interés público.

Ahora bien, en el caso presente, esta doctrina debe ser superada. En un caso en el que la norma de aplicación es sustancialmente la misma que una declarada previamente inconstitucional, el *fumus* es un requisito fácil de identificar. Por otro lado, el propio contenido económico de la pretensión de los sujetos del impuesto que establece el Decreto Legislativo 8/2006 de la

---

(28) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2006).

Comunidad Autónoma de Extremadura la situación económica en que el pago del impuesto puede situarles, y lo que no es menos importante, la cuestionable solvencia del administración como deudora (29), especialmente de tan grandes cantidades de dinero, justificarán la adopción de la medida cautelar. De todos estos argumentos, voy a centrarme en el argumento del *fumus* que es, como se verá, el de mayor peso para justificar la adopción de la medida cautelar, hasta el punto de poder convertirla prácticamente en automática.

## 2. Medidas cautelares negativas

Las medidas cautelares negativas fueron las primeras admitidas por la jurisprudencia, y son las más habitualmente adoptadas. En el supuesto de estudio las medidas cautelares negativas que se podrían adoptar son diversas, aunque la más obvia de ellas es la suspensión de la liquidación amparada en el decreto legislativo cuya constitucionalidad se cuestiona.

Esta solución sin embargo es insuficiente. Como ha podido comprobarse en los casos de las sentencias, hay ocasiones en las que ni siquiera sería eficaz la suspensión por sí sola, porque la pretensión es la devolución de las cantidades ya pagadas, o las que la Administración ya se ha cobrado con los diferentes mecanismos a su disposición.

Efectivamente, en ocasiones ya se han producido pagos, y la medida cautelar negativa es insuficiente. Así sucedió en el supuesto de la STC 22/2015, precisamente. Pues bien, es de suponer que el caso que se presente ante un Tribunal de lo contencioso-administrativo no sea muy diferente. La pretensión va a ser normalmente el reintegro de las cantidades ya pagadas en una liquidación no firme, y sólo en el mejor de los casos la impugnación de la liquidación sin exigencia de devolución dineraria a la Administración. Por eso no son suficientes las medidas cautelares negativas, y será necesario adoptar una medida cautelar positiva.

## 3. Medidas cautelares positivas

La doctrina de las medidas cautelares positivas se desarrolla a partir del Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991. Sin necesidad de entrar en aquel supuesto, basta decir que su doctrina fue acogida por la Sentencia constitucional 238/1992 (30) y posteriormente por la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De ahí, las

---

(29) Como comenta sin ir más lejos el propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 330.

(30) STC, Pleno, Sentencia 238/1992 de 17 Dic. 1992, Rec. 1445/1987, Ponente: López Guerra, Luis.

medidas cautelares positivas se abren camino en toda nuestra jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Supremo.

Ejemplo evidente de la doctrina de las medidas cautelares positivas han sido las sentencias sobre la inmersión lingüística en Cataluña que se vienen produciendo desde comienzos de los años noventa, y que se han intensificado en los últimos años. TORNOS MÁS fue probablemente el primer autor en comentar esta línea jurisprudencial, hoy ya reiteradísima, a cuenta del análisis del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 1993 (31), basado en la interpretación amplia del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que ampara cualquier medida cautelar adecuada para satisfacer el derecho, ya que el objetivo de la medida cautelar nunca deja de ser garantizar la efectividad del derecho que se pretende proteger en el juicio de fondo, si finalmente llega la sentencia estimatoria. Jurisprudencia que por cierto, tiene precedentes en los modelos de justicia cautelar italiano y alemán (32).

Coincido con este autor en que lo fundamental de esta doctrina jurisprudencial es la consolidación del procedimiento contencioso-administrativo según un modelo de justicia plenaria. La protección de los derechos de los recurrentes exige imponer a la Administración una conducta que garantice no sólo la ejecución de la sentencia que se dicte sobre el fondo, sino incluso satisfacer desde el inicio del proceso, si así se solicita, la pretensión del recurrente para asegurar que una sentencia definitiva, incluso siendo ejecutable, no llegue a resultar insatisfactoria por tardía. La cuestión, como dice el autor, es que en el estudio del *periculum in mora*, el Tribunal debe plantearse no si será ejecutable la sentencia sobre el fondo, sino cómo afectará el paso del tiempo al derecho fundamental.

Esta jurisprudencia, que tiene ya años, no ha dejado de evolucionar. En un principio su fundamento recaía especialmente sobre los derechos fundamentales. En la jurisprudencia más moderna ha surgido un nuevo argumento añadido que resulta inspirador para el supuesto de estudio: el hecho de que ya haya habido resoluciones judiciales favorables sobre el fondo en otras sentencias anteriores del mismo Tribunal y en supuestos muy similares, es en sí mismo un supuesto de *fumus boni iuris* muy claro, que permite adoptar la medida cautelar positiva por sí solo (33).

---

(31) J. TORNOS MAS (1994).

(32) Citadas por el propio TORNOS MAS, VALORZI (1991) y TADDEI, 1988: 219; y los ya clásicos estudios en nuestro Derecho, pero tratando sobre el Derecho alemán, BACIGALUPO, 1992: 443, y GONZÁLEZ-VARAS, 1993: 279.

(33) La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) Sentencia de 29 mayo 2014 Recurso de Casación núm. 3182/2013 Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez. «Este tipo de situaciones efectivamente se pueden producir por la demora en la aplicación

Este es un argumento clave, máxime en un terreno tan restrictivo como el de la justicia cautelar, y más aún la positiva. Pero esta jurisprudencia nos brinda una posibilidad sin igual: el hecho de que tengamos una sentencia que resuelve la inconstitucionalidad de la norma refundida nos ofrece una resolución previa, recaída sobre una cuestión de fondo prácticamente igual a la que es objeto del proceso.

De ahí que el Juez ordinario pueda adoptar las medidas cautelares oportunas para proteger al recurrente en tanto que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad: el *fumus boni iuris* de esta cuestión es evidente, tanto que podría justificar por sí sólo la adopción de la medida cautelar positiva.

## VI. Y VUELTA AL CASO DE ESTUDIO: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A estas alturas, los hechos de la sentencia están claros: se ha impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en particular, ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, una resolución que rechaza la rectificación de autoliquidación y devolución de la cuota por aplicación de la Ley extremeña 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente, en su redacción otorgada mediante la Ley 8/2005, de 27 diciembre, de reforma de tributos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Desestimado dicho recurso el recurrente acude al recurso de casación, en el que plantea la inconstitucionalidad de dicha norma. El Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, el pero no extiende efectos al Decreto Legislativo Extremeño 2/2006, por el que se aprueba el Texto Refundido Disposiciones Legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura Materia Tributos Propios, en el que esta norma se integra.

El caso de estudio por tanto no es el de la propia STC 22/2015, sino el de cualquier recurso contencioso-administrativo que podrá interponerse poste-

---

*del sistema que alumbra la jurisprudencia de esta Sala Tercera, tras la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31) , esencialmente en el fundamento jurídico décimo cuarto, sobre la interpretación de la « lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza » (STC citada FJ 14). Teniendo en cuenta que el paso del tiempo, y el retraso en su aplicación, curso tras curso, genera a los alumnos un perjuicio que puede ser irreparable a los efectos pretendidos en el recurso. Sobre todo, cuando se sabe, al tiempo de resolverse el incidente cautelar, y atendidos los abundantes precedentes judiciales de esta Sala, cuál será el sentido y contenido de la sentencia que ponga fin al proceso.» [y las sentencias que cita] En el mismo sentido, la STS de (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 30 junio 2014, Recurso de Casación núm. 3365/2013 Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez. En materia de tributos, vid. M.A. LUQUE MATEO (2002).*



riormente contra liquidaciones que apliquen el Decreto Legislativo extremeño 2/2006. En la medida en que la Ley refundida ha sido declarada inconstitucional, los recurrentes plantearán, con todo fundamento, la inconstitucionalidad de su Texto Refundido, y por tanto la anulación de los actos que lo apliquen.

En la solución que yo propongo en este trabajo, sostengo que efectivamente se comunica la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo. Sin embargo, es evidente que ni la Constitución ni la Ley respaldan expresamente esta conclusión. Por lo tanto, no será posible que el órgano jurisdiccional se limite a aplicar una norma con rango de Ley que comunique la inconstitucionalidad, porque no existe semejante norma. El único mecanismo válido para llegar esta conclusión hubiera sido la extensión de efectos que, potestativamente, confía al Tribunal Constitucional el artículo 39.1 de su Ley Orgánica.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no adoptó la extensión de efectos en la sentencia 22/2015. Y el problema no desaparece, sino al contrario: si se hubiera adoptado la extensión de efectos, los recurrentes de las liquidaciones en vía contencioso administrativa hubieran solicitado directamente la nulidad por aplicación de una norma inconstitucional, el Decreto Legislativo extremeño 2/2006. Sin embargo, este decreto legislativo no ha sido declarado inconstitucional, por lo que los recurrentes tendrán que invocar de nuevo la inconstitucionalidad del decreto legislativo en el proceso en el que impugnen un acto que lo aplique.

Por otra parte, he mantenido la concepción del decreto legislativo como una norma reglamentaria, formalmente distinta de la Ley parlamentaria, aunque con fuerza de Ley dentro de los límites de la delegación. Esta tesis, que creo que es la que recoge la propia Constitución en su artículo 82, no permite sin embargo que el Juez ordinario se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de fondo del decreto legislativo. Es admitido que los Tribunales ordinarios pueden controlar los decretos legislativos, como establecen tanto el artículo 82.6 de la Constitución como el artículo 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (34), pero sólo respecto del sometimiento del decreto legislativo a los límites de la delegación. Pero no pueden ejercer un control sobre la constitucionalidad del fondo de la norma, que debe quedar reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional. Afirmar lo contrario supondría simplemente cuestionar la exclusividad que el propio artículo 39.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional atribuye este órgano en la extensión de efectos de la sentencia constitucional, máxime cuando dicha extensión de efectos es potestativa para el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, la vía de actuación adecuada para el órgano judicial es la misma que cuando se impugnaron las liquidaciones a las que se aplicaba

---

(34) Sobre éste, vid E. VIRGALA FORURIA (1999).

la Ley del parlamento extremeño que fue declarada inconstitucional por la STC 22/2015, y también la misma que cuando se plantea cualquier duda de constitucionalidad de una Ley en el marco de un procedimiento judicial: la cuestión de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, por otra parte, cuando decida sobre esta cuestión de inconstitucionalidad tendrá que adoptar la resolución que considere más adecuada sobre el fondo. No se puede descartar completamente que la norma se declare constitucional, aunque en el supuesto del Decreto Legislativo Extremeño 2/2006, la identidad con la Ley delegante hace que esta resolución sea difícilmente imaginable.

En cualquier caso, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el Juez ordinario de lo contencioso-administrativo tiene medios suficientes para evitar la aplicación del decreto legislativo inconstitucional en el caso concreto. El mecanismo para resolver este problema del recurrente será la adopción de una medida cautelar, como muy tarde, cuando se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, y naturalmente siempre a instancia de parte. La medida cautelar adoptada podrá consistir tanto en una medida cautelar negativa, como la suspensión de la liquidación impugnada; como también en una medida cautelar positiva, que contenga una obligación de hacer contra la Administración y en favor del recurrente, como la rectificación de la liquidación o autoliquidación o el reingreso de la cuota tributaria ingresada en relación con el impuesto, tal y como se solicitaba en el procedimiento contencioso-administrativo en el que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 22/2015.

Sobre la actuación del órgano jurisdiccional ordinario, debo matizar que aunque he rechazado la teoría de la degradación del decreto legislativo que integra una Ley inconstitucional a rango de Reglamento, sí que he considerado relevante que el juzgador tenga en cuenta, al reflexionar sobre si debe plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad, que el decreto legislativo es siempre una norma del Gobierno, sometida a un proceso similar al de elaboración de los Reglamentos. Por ejemplo, a está sometida al dictamen del Consejo de Estado en virtud del artículo 21.3 de la Ley orgánica del Consejo de Estado (35).

En este sentido, creo que el órgano judicial ordinario sí que puede valorar el decreto legislativo con los métodos de análisis que se aplican a las normas de rango reglamentario, y en concreto el control por los principios generales del Derecho. No se trata ningún caso de que el control por los principios generales pueda sustituir a la declaración de inconstitucionalidad Tribunal Constitucional. Tal conclusión sería una vez más inadmisibles. Se trata sencillamente de que el órgano judicial debe valorar la adecuación del decreto legislativo a los principios generales del derecho, y especialmente los consagrados a la Constitución, como un argumento más que puede justificar plantear la cuestión de

---

(35) Sobre esto incide particularmente T. FREIXES SANJUÁN (1990).

inconstitucionalidad, o incluso posteriormente para adoptar la medida cautelar el que proteja al recurrente en tanto que la cuestión se resuelva. Se trata dicho de otro modo de evitar reducir el problema de los derechos del recurrente a un simple problema de adecuación del decreto legislativo a la Constitución. Los derechos e intereses legítimos de los recurrentes no pueden reducirse a un problema de fuentes del derecho, menos aún cuando la norma de aplicación es una norma emanada del Poder Ejecutivo, aunque tenga fuerza de Ley.

También sería conveniente hacer una breve referencia a los efectos que tendría la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad del decreto legislativo sobre las liquidaciones impugnadas. Aquí entraré en la parte más práctica del trabajo: habrá que resolver el problema de qué efectos tendría esta teoría sobre los intereses económicos en juego en el caso concreto. Por ejemplo, qué sucede con las deudas tributarias ya liquidadas o aún más, con las ya pagadas.

En realidad, esta tesis no es más que una manifestación de una doctrina ya consolidada en toda la trayectoria el Tribunal Constitucional, y consagrada para las sentencias firmes en el artículo 40.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, citado más arriba.

Insisto en que a pesar de que el precepto se refiere a sentencia con fuerza de cosa juzgada, la jurisprudencia constitucional ha extendido esta doctrina a las liquidaciones tributarias firmes. De todas maneras, ésta no es una conclusión pacífica. FALCON Y TELLA crítica esta doctrina, que se inició en el fundamento jurídico 11 de la STC 45/1989 (36) (37).

Por lo tanto, una vez dictada sentencia por parte del Tribunal Constitucional, si el decreto legislativo es declarado inconstitucional, la solución no será diferente de la que se adoptó en la impugnación de la Ley refundida.

Sin embargo, tampoco hay que concluir que toda la reflexión de ese trabajo no aporta una solución diferente a cualquier otra cuestión de inconstitucionalidad. Que se puede comunicar la inconstitucionalidad de la Ley al decreto legislativo que la integra como Texto Refundido es en el fondo evidente: el propio Tribunal Constitucional lo ha hecho cuando ha recurrido al mecanismo de la extensión de efectos de la sentencia en la que se impugnaba la Ley refundida, cómo he demostrado con sendos ejemplos. El fundamento teórico de esta solución también lo he ofrecido, y puede resumirse en que el decreto legislativo que aprobó un Texto Refundido no tiene capacidad creativa ni innovadora, limitándose a recoger las normas que ha delimitado el la Ley delegante al determinar el objeto de la delegación.

---

(36) STC, Pleno, Sentencia 45/1989 de 20 Feb. 1989, Rec. 1837/1988, Ponente: Rubio Llorente, Francisco.

(37) Sobre esto R. FALCÓN Y TELLA, (1996) y (1997). Vid. también R. CANCIO FERNÁNDEZ, (2011) e Y. GARCÍA CALVENTE (2008) y C. BANACLOCHE PALAO (2000).

Otra cosa es que en el caso de estudio, aunque se puede producir la misma comunicación de inconstitucionalidad, está no ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, y tampoco se puede dejar en manos del órgano judicial ordinario. Pero el hecho de que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee sobre un decreto legislativo que integra la norma ya declarada inconstitucional sí que plantea diferencias con cualquier otra cuestión de inconstitucionalidad: saber que la Ley refundida ya es inconstitucional nos ha servido para facilitar todo el proceso ante el Juez ordinario, por ejemplo haciendo evidente, casi indispensable, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y aportando un *fumus boni iuris* tan potente que hace casi insalvable la adopción de una medida cautelar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Mariano (1992): «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», en *Revista de Administración Pública*, núm. 128.
- BANACLOCHE PALAO, Carmen (2000): «Declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas (RCL 1989, 835): sus efectos sobre liquidaciones firmes y no firmes». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2000.
- CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C, «Los efectos que nuestro ordenamiento jurídico reserva a la declaración de inconstitucionalidad y su incidencia en la imputación temporal del devengo de operaciones de devolución de ingresos indebidos, a los efectos de la liquidación del Impuesto sobre Sociedades», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2011.
- CARLASSARE CAIANI, L. (1961): «Sulla natura giuridica deli testi unici», en *RTDP*.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1986): *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. I Vol. I. Madrid, Reus.
- DE OTTO PARDO, Ignacio (1987): *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón (1996): «El concepto de prestación patrimonial de carácter público y la necesidad de limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto al art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 2.
- (1997): «Efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre los recursos de amparo pendientes: la peligrosa doctrina sentada por la STC 159/1997, de 2 de octubre, en relación con el gravamen complementario de la tasa sobre el juego», en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 20.

- FREIXES SANJUÁN, Teresa (1990): «La legislación delegada», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 28.
- GARCÍA CALVENTE, Yolanda (2008): «De nuevo sobre las notificaciones al presentador del documento y sobre los efectos temporales de las sentencias del TC que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 12.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *Legislación delegada, potestad Reglamentaria y control judicial*, 2ª ed. Madrid, Tecnos.
- (2006): *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, Civitas.
- (2011): *Democracia, Ley e Inmunidades del Poder*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed. Madrid: Civitas (Vols. I y II).
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José (1993): *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (1995): *Los controles de la Legislación delegada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HERRERA MOLINA, Pedro Manuel (1996): «Los efectos de la inconstitucionalidad en las leyes tributarias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (en especial la ultraactividad transitoria de los preceptos inconstitucionales)», en *Revista Quincena Fiscal* núm. 13.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2005): «Los controles a la legislación delegada», en *Actualidad Administrativa*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2005, p. 2185, tomo 2, Editorial La Ley.
- LUQUE MATEO, Miguel Ángel (2002): «Las medidas cautelares positivas en el ámbito tributario», en *Tribuna Fiscal* núm. 140.
- SANDULLI, Aldo (1957): «Legge, forza di legge, valore di legge», en *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 2.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Ceura.
- TADDEI, Giovanni (1988): *Il giudizio cautelare nella giustizia amministrativa*, Maggioli, Rimini.
- TORNOS MAS, Joaquín (1994): «Derecho a la enseñanza en la lengua materna y medidas cautelares positivas», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 81.
- (1982): «De nuevo sobre el control de los Decretos Legislativos: La declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental, del Decreto 20 diciembre 1974 en materia de disciplina de mercado», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 32.

- VALORZI, Andrea (1991): *Tutela cautelare in proceso amministrativo*, Padova, Cedam.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, y VILLAR EZCURRA, José Luis (1987): *Principios de Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Ed. Sección de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (1999): «De nuevo sobre los Decretos Legislativos», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 56.