

**SECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS HUMANOS**

***Validez de los reglamentos administrativos
dictados al amparo de una ley anulada***

POR

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

(Separata de la publicación en la Revista General de Derecho, núm. 657)

VALENCIA, JUNIO, 1999

I. ESTUDIOS

Validez de los reglamentos administrativos dictados al amparo de una ley anulada

POR

GABRIEL DOMENECH PASCUAL
C.E.U. San Pablo. Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOCIÓN DE VALIDEZ E INVALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS.—III. LA ANULACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS. 1. *Concepto*. 2. *Alcance de la anulación*. 3. *Determinación del alcance de la anulación*.—IV. FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS DICTADOS EN APLICACIÓN DE UNA LEY ANULADA.—V. LEGALIDAD, ANULABILIDAD O NULIDAD DEL REGLAMENTO DICTADO EN APLICACIÓN DE UNA LEY ANULADA.—VI. VALIDEZ DE ALGUNOS EFECTOS JURÍDICOS DEL REGLAMENTO.—VII. CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA DEL REGLAMENTO. 1. *Concepto*. 2. *Justificación*. 3. *Límites constitucionales*. A) «Excursus»: Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del «Conseil constitutionnel» francés y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. B) Constitucionalidad del contenido del reglamento. C) La seguridad jurídica. D) El derecho a la tutela judicial efectiva. a) *El caso de las convalidaciones «totales y directas»*. b) *Convalidación de reglamentos que se hallan «sub iudice»*. E) La interdicción de la arbitrariedad.—VIII. EL CASO DEL REAL DECRETO 118/1991, SOBRE SELECCIÓN DE PERSONAL SANITARIO Y ESTATUTARIO Y PROVISIÓN DE PLAZAS EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

I. INTRODUCCION

El ordenamiento jurídico español contiene algún precepto que regula la validez de las situaciones y los actos jurídicos nacidos al amparo de una ley anulada (1). Regulación, por cierto, muy similar a la establecida para las situaciones y los actos surgidos de la aplicación de una disposición administrativa anulada (2). Ello no es casualidad, pues los problemas que se plantean en ambos casos son sustancialmente iguales y deben resolverse siguiendo los mismos criterios. (3)

(1) *Vid.* el artículo 40.1 LOTC.

(2) *Vid.* los artículos 72.2 de la LJ y 102.4 *in fine* de la LRJAPPAC.

(3) Así lo estiman BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 335; CLIMENT BARBERÁ, J., «La inconstitucionalidad e ineficacia de las leyes y sus consecuencias», *Estudios en homenaje al Profesor Diego Sevilla Andrés*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, t. I, pp. 261 y ss.

Numerosas sentencias de nuestros Tribunales se han tenido que enfrentar a dichos problemas, de los que también se ha ocupado una abundante doctrina (4). Y es que la trascendencia de los mismos es muy grande, como quedó de manifiesto en el caso resuelto por la célebre STC 45/1989, de 20 de febrero, que anuló diversos preceptos de la Ley reguladora del «IRPF». Debido al carácter general y abstracto que tienen leyes —normalmente— y reglamentos —por definición—, pueden contarse por cientos, miles o, incluso, millones las situaciones y los actos jurídicos cuya validez se cuestiona.

Ahora bien, puede apreciarse que casi toda la doctrina producida al respecto se ha venido refiriendo, implícita o explícitamente, a la validez de las situaciones jurídicas *concretas* y de los actos *singulares* dictados en aplicación de la ley o del reglamento anulado. En cambio, se ha descuidado el estudio de la incidencia que esa anulación tenía sobre las disposiciones *generales* surgidas al amparo de la norma anulada (5). Este último problema, que alguna vez se ha planteado en la praxis judi-

(4) ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», *RAP*, 119, 1990, pp. 255-268; ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «La constitucionalidad de las leyes de renta», *REDF*, 87, 1995, pp. 553-577; BLASCO ESTEVE, A., «Efectos de la sentencia constitucional sobre la Ley del Suelo respecto de planes urbanísticos y sus actos de aplicación», *REALA*, 273, 1997, pp. 13-28; BOQUERA OLIVER, J. M., «Derecho administrativo», Civitas, Madrid, 1996, pp. 390 y 391; CAAMAÑO ANIDO, M. A., «Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos», *REDF*, 92, 1996, pp. 750-774; CALONGE VELÁZQUEZ, A. y GARCÍA DE COCA, J. A., «Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: Reciente doctrina sobre el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Tribunal Supremo», *REDA*, 73, 1972, pp. 89-100; CHECA GONZÁLEZ, C., *La revisión de oficio de los actos tributarios: Nulidad y anulabilidad*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 25 y ss.; DE ASÍS ROIG, A. E., «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», *REDA*, 59, 1988, pp. 455-469, «Anulación de planes: Efectos ordenatorios y aplicativos», *RDU*, 113, 1989, pp. 31-70 y «El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos (en torno a las consecuencias de la anulación judicial del Decreto de 20 de diciembre de 1974)», *RAP*, 120, 1989, pp. 195-257; ESPEJO MEANA, M. A. R., «Nulidad del Reglamento: Efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación», *RANDAP*, 12, 1992; FALCÓN Y TELLA, R., «La ley como fuente del ordenamiento jurídico tributario», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda*, IEF, Madrid, 1991, pp. 234 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», *REDA*, 61, 1989, pp. 5-17; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 209 y 1998, t. II, p. 638; GÓMEZ DÍAZ, A. B., «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: Entre la dogmática y la ingeniería judicial», *RAP*, 144, 1997, pp. 245-282; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, 1977, pp. 387-400; LAVILLA ALSINA, L., «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, 34, 1961, pp. 77 y 78; PIBERNAT DOMÉNECH, X., «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *RJC*, 4, 1987, pp. 141-154; RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *REDC*, 22, 1988, pp. 9-51; SÁNCHEZ GOYANES, E., «Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias», (1.ª parte) en *RDU*, 160, 1998, pp. 286-359 y (2.ª parte) en *RDU*, 162, 1998, pp. 651-693; SÁNCHEZ LAMELAS, A., «La nulidad de las disposiciones administrativas y el problema de los actos dictados en aplicación de aquéllas», *RLI*, 2, 1995, pp. 1054-1059; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1972, pp. 296 y ss.

(5) Vid. algunas referencias a dicha cuestión en BLASCO ESTEVE, A., ob. cit. (n. 4), pp. 17 y ss.; CLIMENT BARBERÁ, J., ob. cit. (n. 3), pp. 271 y 272.

cial, constituye el objeto del presente trabajo. Conviene advertir, no obstante, que aquí nos centraremos en el supuesto en el que la norma anulada, a cuyo amparo se dictó el reglamento cuestionado, es una ley.

II. NOCIÓN DE VALIDEZ E INVALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La expresión validez se ha empleado en el lenguaje jurídico con significados diversos (6). Con KELSEN y otros autores (7), entendemos por validez de una norma «la existencia específica de una norma», de un deber. Que una norma jurídica vale quiere decir que lo que ella expresa debe jurídicamente ser hecho (8). El «que una norma que se refiere a la conducta de un hombre valga, significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma» (9). Que una norma jurídica vale supone que el ordenamiento jurídico respalda la regulación que la misma expresa.

La invalidez de una norma jurídica significa, pues, que la regulación que ella expresa no está respaldada por el Derecho. No hay un deber jurídico de actuar de conformidad con lo dispuesto en ella.

Conviene dejar muy claro que la validez de una norma es algo distinto de su conformidad con el ordenamiento jurídico, y que su invalidez tampoco es sinónimo de su disconformidad con el mismo (10). La distinción es muy importante, pues hay normas que infringen el Derecho y que, a pesar de ello, son válidas. Que no hay una correlación necesaria entre irregularidad e invalidez ha sido advertido por iusprivatistas (11), por iuspublicistas (12), así como por estudiosos de la teoría general del Derecho. (13)

(6) Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 132 y ss., que cita hasta seis significados diferentes de esta expresión.

(7) Señala NINO, C. S., *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 8, que el concepto de validez de Kelsen no difiere del de autores como Tomás de Aquino, Suárez, Puchta, etc...; las discrepancias se centran en «el criterio para la adscripción de validez», es decir, en el por qué y en el cuándo una norma es válida.

(8) KELSEN, H., *Teoría para del Derecho* (trad. Vernengo, de la ed. de 1960), Porrúa, México, 1993, p. 23 y ss.

(9) *Ibidem*, p. 201.

(10) Vienen a equiparar ambos pares de conceptos: BIGLINO CAMPOS, P., *La publicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 92 y 93; CLIMENT BARBERÁ, J., *ob. cit.* (n. 3), p. 246; FARIÑAS DULCE, M.ª José, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 125, 133 y 134; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad...*, *cit.* (n. 4), p. 162. Díez-PICAZO, L. M.ª, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 165, dice que «la norma válida es aquella que ha sido producida de conformidad con las normas que, dentro del sistema, regulan la producción normativa».

(11) Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 427 y 428, que habla de ineficacia en lugar de invalidez.

(12) Vid., por todos, BELADIEZ ROJO, M., *ob. cit.* (n. 3), pp. 56 y ss.; BIGLINO CAMPOS, P., *Los vicios...*, *cit.*, pp. 119 y ss.

(13) Vid. EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 191 y ss.; NINO, C. S., *La validez...*, *cit.*, pp. 28 y ss.

Una norma jurídica es válida cuando ha sido dictada de conformidad con las normas que regulan su producción, pero no sólo entonces. Una norma irregular puede ser válida cuando algún valor o principio jurídico —v. gr., de seguridad jurídica, conservación o proporcionalidad— exija en el caso concreto su validez con mayor intensidad con la que el principio de legalidad pide su invalidez (14). La norma así viciada incurrirá en una «irregularidad no invalidante».

Así, por ejemplo, es válido el reglamento dictado fuera del plazo fijado legalmente cuando la finalidad perseguida por la norma que establecía dicho plazo era exclusivamente la pronta regulación de cierta materia (15). Así lo exige el principio de proporcionalidad, pues la invalidez y anulación del reglamento retrasaría todavía más la regulación de la materia, en contra de lo pretendido por la ley; «el remedio sería peor que la enfermedad».

III. LA ANULACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

1. Concepto

La anulación de una norma consiste en un mandato general y abstracto mediante el cual se establece que dicha norma es total o parcialmente inválida. Esta anulación no es, pues, una declaración de juicio, sino un mandato (16). Las personas a las que se dirige la misma están obligadas a tener por inválida la norma anulada.

Se trata de un mandato general o *erga omnes* porque se dirige a todos los miembros de la comunidad jurídica; todos deben tener por inválida la norma que se anula. Se trata de un mandato abstracto porque con arreglo al mismo han de resolverse todos los casos en los que se plantee la invalidez de la misma; la anulación es un mandato permanente, de vigencia indefinida. Para describir el carácter general y abstracto de sus efectos jurídicos se suele decir que dicha anulación supone la «expulsión» o «eliminación» definitiva del ordenamiento jurídico de la norma anulada. (17)

2. Alcance de la anulación

La anulación puede alcanzar a la totalidad de la norma o a sólo parte de la misma. Ello depende, lógicamente, de si la norma en cuestión es total o parcialmente inválida. Y es que, al igual que, por ejemplo, los actos administrativos (18), cabe la posibilidad de que una disposición legal o reglamentaria sea inválida sólo en par-

(14) Vid. BELADIEZ ROJO, M., ob. cit. (n. 3), pp. 54 y ss.

(15) Vid., por ejemplo, las SSTs de 25 de abril de 1983 y de 20 de julio de 1983.

(16) RUBIO LLORENTE, F., ob. cit. (n. 4), p. 45.

(17) Vid. por ejemplo, las SSTC 19/1987, de 17 de febrero (FJ 6) y 45/1989, de 20 de febrero (FJ11).

(18) Vid. el artículo 64.1 de la LRJAPAC.

te del ámbito material, personal, territorial o temporal en el que pretendía tener validez.

Tal sucede cuando la inconstitucionalidad afecta parcialmente a una ley. Así, por ejemplo, una norma legal puede ser conforme con la Constitución salvo en la medida en que pretende tener efectos retroactivos o extender su ámbito de validez a un determinado territorio o a determinadas personas.

Pero no sólo en estos casos puede resultar parcialmente válida y obligatoria una ley. A veces, ciertos valores o principios jurídicos fundamentan la validez parcial de una regulación legal afectada en su totalidad por un vicio de inconstitucionalidad. A pesar de la inconstitucionalidad de la totalidad de la norma, ésta es válida respecto de sólo algunos actos, conductas y situaciones a los cuales tenía vocación de ser aplicada.

Así, por ejemplo, la STC 128/1994, de 5 de mayo, anula ciertos preceptos legales reguladores de un proceso de ejecución en favor del Banco de España, pero dispone que «los efectos de esta sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia» (FJ 6).

La STC 195/1998, de 1 de octubre, anula ciertos preceptos de una Ley estatal por la que se declaraba Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja debido a que la competencia para efectuar esta declaración correspondía a la Comunidad autónoma de Cantabria. El TC era consciente de que la absoluta invalidez de esos preceptos «podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas». «Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión (la anulación) sobre esta zona protegida». Pues bien, dicho Tribunal viene a declarar que los preceptos declarados inconstitucionales conservan su obligatoriedad hasta «el momento en el que la Comunidad autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido» (FJ 5).

Sabido es, por otra parte, que el TJCE, luego de anular un reglamento, puede señalar, «si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos» (19) y que, en el Derecho español, «si la declaración administrativa de nulidad de un contrato [administrativo] produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio». (20)

(19) *Vid.* el artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 y las SSTJCE de 6 de octubre de 1982 (*Comisión v. Consejo*, 59/81), de 20 de marzo de 1985 (*Timex v. Consejo y Comisión*, 264/82), de 28 de junio de 1988 (*Comisión v. Consejo*, 7187) y de 26 de marzo de 1996 (*Parlamento y Comisión v. Consejo*, 271/94), que disponen la obligatoriedad provisional de ciertas normas declaradas contrarias al Derecho comunitario.

(20) *Vid.* el artículo 66 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Determinación del alcance de la anulación

Nuestro TC ha precisado en diversas ocasiones el «alcance de sus sentencias anulatorias de leyes», pronunciándose con carácter general sobre la incidencia que estas resoluciones judiciales tenían sobre situaciones y actos nacidos al amparo de las normas anuladas (21), y ello a pesar de que la LOTC no le reconoce expresamente esta competencia (22). A nuestro juicio, dicho órgano jurisdiccional es competente para realizar esa clase de pronunciamientos, pues éstos consisten, simplemente, en la anulación parcial de una ley —en la declaración de que una ley es parcialmente inválida—, y es claro que el TC puede anular parcialmente las leyes en parte inválidas (23). Y lo mismo cabe decir de los Tribunales Contencioso-administrativos en relación con los reglamentos parcialmente inválidos.

Que el TC o los Tribunales Contencioso-Administrativos efectúen esta clase de pronunciamientos es no sólo conforme a Derecho (24), sino también aconsejable en atención a diversos principios jurídicos.

La anulación de una ley X puede hacerse, o bien mediante un pronunciamiento del tipo: «Se declara inválida la ley X», o bien delimitando con cierto detalle el ámbito en el que dicha norma X es inválida, precisando qué situaciones jurídicas deben enjuiciarse de conformidad con lo dispuesto en la norma X y cuáles no. Algo semejante sucede con la derogación. En ocasiones, el legislador dispone simplemente: «Queda derogada la ley Y», pero hay veces en las que, además, se encarga de concretar a qué situaciones debe aplicarse la ley derogada y a cuáles otras la ley derogatoria.

En el caso de los pronunciamientos del primer tipo, los operadores jurídicos se verán en la necesidad de precisar cuál es la incidencia que tiene la anulación de la ley sobre el caso concreto que han de resolver. Aquí existe el peligro de que las soluciones dadas a este problema por los distintos operadores jurídicos difieran entre sí.

Los pronunciamientos del segundo tipo arriba descrito satisfacen mejor que los del primero los valores de certeza jurídica, economía e igualdad. El problema expuesto en el párrafo anterior queda aquí resuelto con carácter *erga omnes*. Al delimitar con un cierto grado de detalle el alcance de la declaración general de invalidez de la ley, se elimina en gran medida la incertidumbre existente acerca de la incidencia que va a tener esa anulación sobre las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma legal y se evitan una infinidad de procesos en los que se trataría de la validez de cada una de esas situaciones, así como el consiguiente riesgo de sentencias contradictorias y, por tanto, de desigualdades entre los ciudadanos. (25)

(21) Vid. las SSTC 60/1986, de 20 de mayo (FJ 5); 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11); 128/1994, de 5 de mayo (FJ 6); 146/1994, de 12 de mayo (FJ 8); 179/1994, de 16 de junio (FJ 12); 195/1994, de 28 de junio (FJ 5); 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 10); 195/1998, de 1 de octubre (FJ 5).

(22) Los artículos 55.1.a) y 66 de la LOTC, que contemplan la posibilidad de determinar la extensión de los efectos de las sentencias anulatorias, se refieren a las que anulan reglamentos al resolver un recurso de amparo o un conflicto de competencias, respectivamente.

(23) Ello ya se deduce claramente del artículo 164.1 de la CE.

(24) De la misma opinión, entre otros, ALONSO GARCÍA, R., ob. cit., (n. 4), *in toto*; BELADIEZ ROJO, M., ob. cit. (n. 3), pp. 342 y ss.

(25) En sentido similar, FRENZ, W., «Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen», *DÖV*, 1993, pp. 848 y 849, cuando justifica la competencia del Bun-

Interesa destacar que el hecho de que el TC guarde silencio acerca del alcance de su sentencia anulatoria no obliga necesariamente a considerar que la correspondiente anulación tiene un carácter absoluto y *ex tunc*. Lo único que sucede es que, de esta manera, los operadores jurídicos se ven en la necesidad de interpretar cuál ha sido el alcance de la anulación, el Tribunal Constitucional les traslada esa tarea interpretativa. En determinadas circunstancias, habrá que estimar que la correspondiente anulación tiene un carácter parcial y que, por tanto, la ley anulada sigue aplicándose a ciertos actos, conductas y situaciones. Un ejemplo puede ilustrar lo que decimos.

La STC 19/1987, de 17 de febrero, anula un precepto legal que permitía a los Ayuntamientos fijar libremente—mediante reglamentos— el tipo de gravamen de cierto tributo y señala que «en virtud de esta sentencia no podrán los Ayuntamientos actuar la libre potestad que en su favor creó el precepto declarado inconstitucional, con la consecuencia adicional de que —en tanto no provea el legislador a una nueva regulación acomodada a la Constitución en este punto— serán los tipos impositivos inicialmente concebidos como supletorios en la propia ley..., los que habrán de considerarse aplicables» (26). De estas palabras se deduce, pues, que se había anulado dicho precepto con carácter *ex tunc* y que debían aplicarse los tipos inicialmente concebidos como supletorios por la ley a todos los hechos impositivos verificados con anterioridad al momento en el que se publicó la sentencia anulatoria.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 1/1987, dictado como consecuencia de esta sentencia y que regulaba el procedimiento con arreglo al cual habían de practicarse las nuevas liquidaciones, así como el régimen de las devoluciones a que hubiera lugar por ingresos indebidos efectuados durante los períodos impositivos 1984-1986, dispuso a fin de «garantizar..., la seguridad jurídica de los contribuyentes» (27) que no se efectuaran nuevas liquidaciones en aquellos casos en los que ya se hubiesen practicado otras con anterioridad a la fecha en que se publicó oficialmente la citada sentencia 19/1987 que hubiesen aplicado tipos de gravamen —fijados por los ayuntamientos de manera inconstitucional— inferiores a los establecidos por la ley (28). En definitiva, este Decreto-Ley disponía la conservación de las situaciones jurídicas nacidas al amparo de la norma anulada en los supuestos en los que la aplicación de los tipos fijados por la ley y ajustados a la Constitución, en vez de los establecidos inconstitucionalmente por los Ayuntamientos, hubiese supuesto agravar sorpresivamente la situación de los contribuyentes. A nuestro juicio, esta regulación no suponía una desobediencia a lo dispuesto en la STC 19/1987, sino que, por el contrario, era el resultado de una interpretación de la misma en consonancia con la Constitución. Dicha solución venía exigida por el «principio de seguridad jurídica de los contribuyentes», principio de rango constitucional.

desverfassungsgericht para dictar incluso normas de carácter provisional después de anular una ley, en vez de pronunciar una «simple declaración de inconstitucionalidad». También a favor de esta competencia, TRZASKALIK, C., «Zu den Folgen, wenn das BVerfG Gesetze für nichtig erklärt», *DB*, 1991, p. 2258.

(26) STC 19/1987, de 17 de febrero (FJ 6).

(27) *Vid.* la Exposición de Motivos del RD-Ley 1/1987, de 10 de abril.

(28) *Vid.* el artículo 4 del RD-Ley 1/1987, de 10 de abril.

IV. FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS DICTADOS EN APLICACION DE UNA LEY ANULADA

El principio de legalidad —quizá sería más correcto decir «de juridicidad»— no sólo impone a todos los poderes públicos el deber de actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico (29), sino que lógicamente también pide que se sancione el incumplimiento de ese deber. Dicho principio demanda la invalidez de las leyes inconstitucionales, pues la invalidez de un acto contrario a Derecho constituye una sanción, una consecuencia que el ordenamiento jurídico anuda a la infracción de sus preceptos. (30)

Y, lógicamente, lo más ajustado a dicho principio es que la ley inconstitucional no produzca absolutamente ningún efecto jurídico, que se enjuicie cualquier situación, conducta, acto o disposición nacidos al amparo de la ley como si ésta no hubiese existido nunca. El reglamento dictado al amparo de la ley inconstitucional, así enjuiciado, puede ser perfectamente ajustado a Derecho. No obstante, lo más normal es que el reglamento de que se trate infrinja el ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, el principio de legalidad exija su invalidez. Es claro que esta exigencia tendrá tanto más «peso» cuanto más grave sea aquella infracción.

No obstante, es relativamente frecuente que otros valores y principios jurídicos distintos del de legalidad pero también de rango constitucional pidan lo contrario que éste. Ya nos consta que en el caso resuelto por la STC 195/1998 la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña justificaron la validez provisional de una ley inconstitucional. Pero, normalmente, es la seguridad jurídica la que exige la validez de la norma legal anulada en cuanto que se refiere a ciertos actos, situaciones o conductas (31) y, por lo tanto, la validez de los reglamentos que aplican una ley en la parte en que regulan esos mismos actos, situaciones y conductas. La fuerza con la que la seguridad jurídica plantea estas exigencias está en relación directamente proporcional con la confianza que razonablemente hayan depositado en la validez del reglamento ciudadanos y/o poderes públicos, así como con la gravedad de los sorpresivos perjuicios que la ruptura de esa confianza les produciría a dichas personas.

En fin, la medida en que uno de estos reglamentos sea válido resulta de una ponderación entre las exigencias, muchas veces recíprocamente opuestas, que en el caso concreto representan diversos valores y principios jurídicos, fundamentalmente, los de legalidad y seguridad.

V. LEGALIDAD, ANULABILIDAD O NULIDAD DEL REGLAMENTO DICTADO EN APLICACION DE UNA LEY ANULADA

Como ya se ha señalado, el principio de legalidad exige que se enjuicie el reglamento dictado al amparo de la ley anulada como si ésta no hubiese existido nunca.

(29) *Vid.* el artículo 9.1 de la CE.

(30) Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *ob. cit.* (n. 11), p. 424, aunque en lugar de invalidez habla de ineficacia.

(31) Aluden expresamente a este principio jurídico, entre otras, las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11) y 179/1994, de 16 de junio (FJ 12).

El reglamento en cuestión, así enjuiciado, puede ser conforme a Derecho, pues cabe que encuentre cobertura jurídica en alguna de las normas que integran el ordenamiento jurídico una vez «expulsada» del mismo aquélla y que, por consiguiente, no incurra en vicio alguno susceptible de producir su invalidez. Imaginemos que la correspondiente disposición administrativa no necesitaba habilitación específica del legislador para ser dictada, por regular una materia no reservada a la ley. Sabido es que para emanar determinados reglamentos no hace falta contar con una habilitación específica del legislador, sino que basta una genérica como la contenida en el artículo 97 de la Constitución española. (32)

No obstante, lo más probable es que la disposición administrativa enjuiciada de aquel modo infrinja el ordenamiento jurídico, incurra en alguna ilegalidad que determine su invalidez. Ahora bien, los actos inválidos de las Administraciones públicas pueden ser nulos o anulables. Se plantea el problema de cómo calificar —de nulos o de anulables— a los reglamentos inválidos dictados al amparo de una ley anulada.

A esta calificación se anudan importantes consecuencias jurídicas. Aquí hay que destacar que los actos anulables se convalidan por el mero transcurso del tiempo, lo que no ocurre en el caso de los actos nulos. La legalidad pide que los actos ilegales sean considerados inválidos y que las personas afectadas por los mismos puedan atacarlos y obtener la correspondiente declaración de invalidez. Por el contrario, la seguridad jurídica exige que la posibilidad de impugnarlos no se mantenga eternamente abierta. Esta tensión entre legalidad y seguridad jurídica se resuelve según sea la gravedad de la infracción del acto en cuestión. En el caso de los actos que incurren en vicios no demasiado graves —de anulabilidad—, se fija un momento a partir del cual ya no puede discutirse la validez de los mismos. Hasta ese momento prima la legalidad, luego, la seguridad jurídica. En cambio, cuando el acto incurre en una infracción extraordinariamente grave —de nulidad— las exigencias de legalidad cobran una gran intensidad y priman en todo momento sobre las de seguridad jurídica (33). Entonces, el Derecho permite que siempre puedan ser revisados y anulados dichos actos. Lo que es «radicalmente nulo, no lo puede convalidar el simple transcurso del tiempo». (34)

Los actos inválidos de las Administraciones públicas son nulos en los supuestos mencionados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, y anulables en los restantes casos (35). Sin embargo, el tenor literal del artículo 62.2 de esa Ley (36), al igual que

(32) Sería el caso de los «reglamentos independientes», sobre los que puede verse BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 163 y ss.

(33) *Id.*, por todos, BELADIEZ ROJO, M., *ob. cit.* (n. 3), pp. 58 y ss. y 267 y ss.

(34) STS de 12 de diciembre de 1978.

(35) *Id.* el artículo 63.1 de la LRJAPPAC.

(36) «También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

el de su antecedente más inmediato, el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (37), dan a entender que cualquier vicio que sufra una disposición reglamentaria ocasiona siempre la nulidad de la misma. Esta es la tesis que ha venido defendiendo la mayoría de la doctrina española: No hay reglamentos anulables; todo reglamento inválido es nulo de pleno derecho. (38)

Pero dicha tesis no ha sido compartida por un sector minoritario de la doctrina española (39) ni tampoco por el TS. Este Tribunal viene distinguiendo entre los defectos de contenido del reglamento, que dan lugar a su nulidad, y los defectos de «forma» —expresión comprensiva tanto de los procedimientos como de los de forma en sentido estricto (40)—, a los cuales se les aplicarían las mismas reglas establecidas para los actos administrativos singulares. De acuerdo con ellas, el correspondiente vicio daría lugar por regla general a la anulabilidad y sólo en determinados supuestos excepcionales a la nulidad (41). En principio, sólo serían nulos por defectos de forma los reglamentos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». (42)

Así se explica la abundante jurisprudencia del TS según la cual los vicios de procedimiento de las disposiciones reglamentarias no pueden alegarse en los mal llamados «recursos indirectos» contra estas disposiciones, esto es, al impugnar los actos dictados en aplicación de las mismas (43). El razonamiento es el que sigue: Dichos vicios de procedimiento, al ser normalmente causa de anulabilidad, sólo

(37) «También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas en los casos previstos en el artículo 28 de la LRJAE». En este artículo 28 se disponía que «serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores». En el artículo 26 se decía que «la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes».

(38) Vid., entre otros, BERMEJO VERA, J., «La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», *REDA*, 30, 1981, pp. 548 y 549; CAAMAÑO, F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, Madrid, 1994, p. 111; COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1998, p. 129; EMBID IRUJO, A., «Potestad reglamentaria», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1993, t. XX, p. 106; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., ob. cit. (n. 4), t. I, pp. 208 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., ob. cit. (n. 4), pp. 388; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, (con GONZÁLEZ NAVARRO), Civitas, Madrid, 1997, t. I, pp. 928 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1997, t. III, p. 398; MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho administrativo*, Trivium, Madrid, 1998, pp. 138 y 144; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Manual de Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, t. I, p. 278; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1991, p. 721; VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR ESCURRA, J. L., *Principios de Derecho administrativo*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, t. I, pp. 241 y 242.

(39) Vid. BOQUERA OLIVER, J. M., ob. cit. (n. 4), pp. 388 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1998, t. I, pp. 124 y ss.; GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo. La justicia administrativa*, IEP, Madrid, 1963, t. III, pp. 78 y ss.

(40) En este sentido utilizan la expresión «forma» el artículo 63.2 de la LRJAPPAC.

(41) Vid., por todas, la capital STS de 17 de junio de 1974.

(42) Artículo 62.2.e) de la LRJAPPAC.

(43) Vid., entre otras muchas, las STS de 23 de junio de 1973, de 23 de septiembre de 1977, de 24 de marzo de 1987, así como las de 25 de marzo de 1986, de 3 de noviembre de 1986, de 17 de marzo de 1987, de 30 de marzo de 1987 y de 23 de mayo de 1988, de 16 de diciembre de 1994 y de 4 de diciembre de 1996.

pueden aducirse y provocar una declaración de validez de una disposición reglamentaria si se los alega dentro de un determinado período de tiempo, en concreto, dentro de los dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la correspondiente disposición, plazo establecido para interponer el llamado «recurso directo». Expirado dicho plazo, tales defectos ya no determinan la invalidez del reglamento que los sufre, reglamento que, por tanto, se habrá convalidado (44). Como resulta casi inevitable que los llamados «recursos indirectos» se interpongan y resuelvan una vez transcurridos esos dos meses, es lógico que la jurisprudencia venga afirmando que los vicios de procedimiento de un reglamento no pueden fundar la impugnación «indirecta» del mismo.

De acuerdo con esta jurisprudencia, los reglamentos dictados en aplicación de una ley anulada podrían eventualmente incurrir en un vicio de anulabilidad. Tal sucederá, por ejemplo, cuando la ley regulaba inconstitucionalmente el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas y, como consecuencia de ello, las que se dictaron a su amparo padecen un vicio de «forma» causante de su anulabilidad. Estas disposiciones sólo podrán ser atacadas con fundamento en tales vicios en el marco de un recurso «directo» contra las mismas. Dicho de otra manera, el reglamento aquejado de un defecto de anulabilidad por haberse dictado al amparo de una ley inconstitucional adquiere validez cuando expira aquel plazo de dos meses sin que nadie lo haya impugnado «directamente» o cuando esta impugnación concluye mediante una sentencia firme desestimatoria.

Las disposiciones administrativas dictadas al amparo de una ley anulada, enjuiciadas a la luz del ordenamiento jurídico resultante de eliminar del mismo dicha norma legal, también pueden incurrir en un vicio determinante de su nulidad —v. gr., de incompetencia o de contenido—. Estas disposiciones no adquieren validez por el mero transcurso del tiempo y, por lo tanto, pueden ser atacadas «directamente» en el plazo de dos meses citado, pero también «indirectamente» al recurrir los actos que las hubiesen aplicado.

El artículo 40.1 de la LOTC dispone:

«Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.»

Conviene advertir que este precepto no prohíbe la impugnación de reglamentos nulos dictados en aplicación de una ley anulada que han sido considerados válidos por una sentencia firme. La declaración judicial de que una norma —en este caso, reglamentaria— es válida no impide que ésta pueda ser atacada en otros procesos y, en

(44) *Vid.* los razonamientos contenidos en las SSTs de 5 de abril de 1974 y de 23 de septiembre de 1977.

su caso, considerada inválida e inaplicada o anulada (45). El artículo 26.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es muy claro al respecto: «La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación» de la misma fundada en que ésta no es conforme a Derecho.

VI. VALIDEZ DE ALGUNOS EFECTOS JURIDICOS DEL REGLAMENTO

Que un reglamento deba ser considerado como inválido, incluso como nulo, no impide que algunos de los efectos jurídicos establecidos por el mismo tengan validez, esto es, que deba ser considerado válido en relación con sólo algunos de los actos, conductas y situaciones jurídicas a las que tenía vocación de ser aplicado. De esta manera se resuelve la tensión que en estos supuestos suele existir entre los principios de legalidad y, fundamentalmente, de seguridad jurídica.

Esta cuestión probablemente se suscitará incidentalmente al enjuiciar la legalidad y validez de los concretos actos, conductas y situaciones surgidas en aplicación del reglamento inválido. Pero también cabe que el Tribunal competente para anular el reglamento inválido de que se trate precise el alcance de esa anulación, pronunciándose con carácter general sobre la incidencia que la misma tendrá sobre los actos y situaciones nacidos al amparo de la norma reglamentaria. Las razones que fundamentan esta posibilidad quedaron anteriormente expuestas al hablar de la anulación de las leyes inconstitucionales.

En cualquier caso, la casuística que aquí se presenta es variadísima e inabarcable en el seno de este trabajo, ya que la intensidad con la que los principios de legalidad y seguridad jurídica exigen la invalidez y validez, respectivamente, de aquellos actos y situaciones varía en función de múltiples factores. Aquí nos remitimos a los abundantes trabajos existentes sobre el tema. (46)

VII. CONVALIDACION LEGISLATIVA DEL REGLAMENTO

1. Concepto

Señala BELADIEZ ROJO que la convalidación «ha sido definida y calificada de las formas más diversas» y que el estudio de esta figura jurídica la primera impre-

(45) Cfr. BLASCO SOTO, M.^a C., «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *REDC*, 41, 1994, pp. 35 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, pp. 71 y ss., 90 y ss., 248 y ss. y 262 y ss.; DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 287; EZQUIAGA GANUZAS, F. J., ob. cit. (n. 13), pp. 240 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., ob. cit. (n. 4), t. I, pp. 156, 157, 161 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J., «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», *La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995, pp. 92 y 93, y 102 y ss.

(46) Vid. los autores cit. en nn. 3 y 4.

sión que causa es la de «una enorme confusión tanto conceptual como terminológica» (47). Siguiendo a esta autora, a nosotros nos parece que debería definirse la convalidación como el «resultado que se produce cuando un acto inválido adquiere invalidez» (48). Algunas veces se utiliza esta expresión para referirse al acto «mediante el que se elimina el defecto existente en un acto anterior» inválido (49), pero creemos que resulta más correcto llamar subsanación a este modo de adquisición de validez de un acto y emplear el término convalidación en el sentido más amplio que ha quedado expuesto. (50)

La convalidación de un acto puede haber sido producida por diversas causas, que pueden agruparse en dos: La producción de un acto jurídico y la verificación de un hecho jurídico (en sentido estricto) (51). Así, por poner dos ejemplos, un acto administrativo puede convalidarse mediante la emisión de otro que subsana los vicios que padecía aquél (52) o por el transcurso del tiempo sin que nadie lo haya impugnado.

La convalidación legislativa de una disposición administrativa pertenece al primer tipo de convalidaciones mencionadas. Supone que dicha disposición adquiere validez como consecuencia de la emisión de una ley. Un reglamento que antes de la entrada en vigor de una norma legal había que considerar inválido, resulta que deberá ser juzgado como válido con posterioridad a la misma.

Lógicamente, las convalidaciones legislativas suponen que la ley convalidatoria modifica las normas jurídicas conforme a las cuales debía juzgarse la validez del acto convalidado. MATHIEU sostiene, además, que esa modificación tiene necesariamente carácter retroactivo: «*La validation est nécessairement rétroactive*» (53). Esta afirmación requiere ser matizada.

La convalidación legislativa de un acto ha de tener eficacia retroactiva sólo en aquellos casos en los que el acto convalidado pretenda desplegar sus efectos jurídicos a partir de un momento anterior al de la fecha de entrada en vigor de la ley convalidatoria, lo que, por otra parte, hay que reconocer que será lo más probable.

Además, hemos de tener en cuenta que la convalidación puede afectar a la totalidad o a sólo una parte de la regulación reglamentaria en cuestión. Dicha regulación tiene un determinado dominio de validez material, personal, territorial y temporal. La convalidación puede extenderse a la totalidad de ese dominio o sólo a una parte del mismo. Pues bien, es claro que la convalidación «total», *ex tunc, ab initio*, de un reglamento tendrá lógicamente efectos retroactivos —con el matiz expuesto

(47) BELADIEZ ROJO, M., ob. cit. (n. 3), pp. 189 y ss.

(48) *Ibidem*, p. 193.

(49) MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, t. II, p. 361 *vid. también*, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, t. I, p. 495.

(50) Seguimos aquí la opinión de BELADIEZ ROJO, M., ob. cit. (n. 3), p. 199 y ss. y de GONZÁLEZ NAVARRO, F., ob. cit. (n. 38), p. 472.

(51) *Id.* ENTRENA CUESTA, R., ob. cit. (n. 39), p. 225 y 226; GONZÁLEZ NAVARRO, F., ob. cit. (n. 38) p. 473.

(52) *Id.* el artículo 67.1 de la LRJAPPAC.

(53) MATHIEU, B., «*Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente*», *RFDadm.* 1993, pp. 782 y 787.

en el párrafo anterior—, pero no ocurre lo mismo con la convalidación parcial del mismo. Es perfectamente imaginable la convalidación *ex nunc* de una disposición administrativa, es decir, que una ley declare que esa disposición debe ser considerada válida para el período de tiempo posterior a la entrada en vigor de la norma legal.

2. Justificación

La convalidación legislativa de una disposición reglamentaria sirve a diversos principios jurídicos:

Al convalidarse un reglamento se evitan los perjuicios que a la seguridad jurídica ocasionaría la invalidez del mismo, así como la incertidumbre existente acerca de la validez de los diversos actos y situaciones nacidos de su aplicación.

Dicha convalidación también evita el desamparo en el que quedarían los intereses dignos de protección jurídica a los que el reglamento inválido daba cobertura. Tal desamparo puede tener un carácter meramente temporal, hasta la emisión de un nuevo reglamento, pero los perjuicios ocasionados pueden resultar irreparables. (54)

Además, la convalidación legislativa de una disposición administrativa —al contrario que su convalidación por el mero transcurso del tiempo— no tiene, en principio, coste alguno para el principio de legalidad, pues dicha disposición, por virtud de una modificación legislativa del ordenamiento jurídico, se ajusta al mismo y, por consiguiente, no incurre en ningún vicio determinante de su invalidez.

3. Límites constitucionales

A) «Excursus»: Las convalidaciones legislativas en la jurisprudencia del «Conseil constitutionnel» francés y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

Resulta de gran interés el estudio de la jurisprudencia de estos dos órganos jurisdiccionales, dado que nuestros autores y Tribunales no se han preocupado de descubrir y fijar cuáles son las reglas generales que nos permitan solucionar los problemas que aquí se plantean. (55)

De las numerosas sentencias del *Conseil constitutionnel* producidas al respecto se deduce que una convalidación legislativa ha de reunir ciertos requisitos para ser conforme con la Constitución (56), básicamente:

(54) Recordemos aquí las palabras de la STC 195/1998, de 1 de octubre (FJ 5).

(55) Salvo error nuestro, sólo MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La ley, Madrid, 1989, pp. 73-82, ha tratado el problema, si bien su preocupación principal es poner de relieve la existencia del mismo, antes que darle soluciones.

(56) *Id.* para un detalle, FAVOREAU, L. y LOÏC, P., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1995, p. 464 y ss.; y los trabajos de MATHIEU, B., «La constitutionnalité des validations législatives: règles et incertitudes», *RFDadm*, 1989, pp. 862-867; «Les validations législatives devant le juge constitutionnel. Bilan d'une jurisprudence récente», *RFDadm*, 1995, pp. 780 y ss.; «Valeur et portée des validations législatives. Devant le juge constitutionnel», *RFDadm*, 1998, pp. 148 y ss.

Debe respetar las situaciones jurídicas nacidas de decisiones jurisdiccionales con valor de cosa juzgada. De hecho, el legislador francés suele dictar sus leyes convalidatorias «*sous réserve des décisions de justice devenues définitives*».

No cabe una convalidación retroactiva de una norma sancionadora desfavorable.

La convalidación debe estar justificada por razones de interés general, aunque el *Conseil* admite que dichas razones no sean explicitadas por el legislador.

La compatibilidad de las convalidaciones legislativas con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, se le ha planteado al Tribunal de Estrasburgo en alguna ocasión (57). Su sentencia de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros*) tiene un gran interés. El caso es como sigue:

Debido a la modificación de la regulación de cierto tributo efectuada por un reglamento que entró en vigor el 6 de abril de 1986, se produjo un «desfase» en el período impositivo de ese tributo. Para evitar que ciertas rentas obtenidas por los contribuyentes en los meses anteriores a dicha fecha quedaran libres de gravamen, una de las disposiciones transitorias de aquel reglamento las sometió a tributación.

El 18 de junio de 1986 la sociedad *Woolwich* impugna dicha disposición transitoria y el 15 de julio de 1987 demanda ante los Tribunales la devolución de los ingresos efectuados por virtud de la misma, dinero que se le devuelve a finales de ese año. A pesar de que la Ley de 25 de julio de 1986 podía interpretarse en el sentido que prestaba cobertura y convalidaba la disposición transitoria atacada —ésa era la intención del Gobierno autor del correspondiente Proyecto de Ley—, la Cámara de los Lores no lo entiende así y el 25 de octubre de 1990, mediante sentencia firme, anula el reglamento enjuiciado por haberse excedido de la habilitación concedida por el legislador.

La *National & Provincial Building Society* y otras dos sociedades se encontraban en una situación similar a la *Woolwich* y, la vista del resultado de los dos procesos emprendidos por esta última, demandan en marzo de 1991 la devolución de los ingresos efectuados por virtud de aquella disposición transitoria. Ese mismo mes, el Ministro de Finanzas anuncia la futura convalidación del reglamento arriba citado, convalidación que se efectúa por la Ley de 25 de julio de 1991, que, no obstante, deja a salvo la situación jurídica en la que había quedado la *Woolwich*. Posteriormente, la Ley de 16 de julio de 1992 convalida ciertas disposiciones administrativas vigentes desde 1986 e impugnadas también por aquellas tres sociedades.

(57) Además de la STEDH que luego comentaremos, *vid.* La de 29 de noviembre de 1991 (*Pine Valley y otros*), que considera discriminatorio que se hubieran convalidado todos los certificados de urbanismo pertenecientes a una cierta categoría excepto el del recurrente.

Estas desisten de los procesos iniciados y acuden al TEDH por considerar violados sus derechos de propiedad (58), a un proceso justo (59) y de igualdad (60), pero el TEDH desestima sus pretensiones:

Los demandantes estimaban que tenían derecho a la devolución de los ingresos indebidamente efectuados, y que la ley convalidatoria les había privado de esos bienes sin indemnizarlos. El TEDH considera que los demandantes no podían tener la garantía firme de obtener la declaración solicitada en los procesos que habían iniciado; los créditos reivindicados no podían ser considerados como suficientemente establecidos al efecto de ser examinados sobre la base de la legislación anterior a la ley convalidatoria. No obstante, dicho Tribunal parte de la hipótesis de que dichos créditos constituyen bienes y de que la ley convalidatoria supone una «injerencia» en los mismos.

En cualquier caso, el TEDH considera justificada dicha injerencia. La Ley convalidatoria de 1991 satisfacía un «interés general evidente e imperioso»: Evitar el enriquecimiento injusto de las sociedades privadas demandantes, que de manera «oportunistamente» pretendían aprovecharse de los vicios no sustanciales de cierto reglamento debidos al «olvido» de la primera ley de habilitación, y ello a costa de los fondos públicos. De otro lado, el interés general en disipar toda incertidumbre acerca de la legalidad de ciertos impuestos recaudados desde 1986 justificaba la Ley convalidatoria de 1992.

El TEDH tampoco considera discriminatorio el diferente trato que se le otorga a las tres sociedades demandantes, de un lado, y a la *Woolwich*, de otro (61). La razón fundamental que justifica este trato desigual es que esta última sociedad había obtenido antes de promulgarse la ley convalidatoria una sentencia firme que amparaba la restitución de las sumas de dinero entregadas.

Las demandantes alegaban que el Estado, utilizando su poder legislativo, había intervenido decisivamente para orientar en su favor el resultado de procesos legislativos en los que él era parte. Pero el TEDH niega que la convalidación hubiese lesionado el derecho de las demandantes a un proceso equitativo, derecho que conoce ciertos límites. En primer lugar, la intervención del legislador se encontraba justificada por razones de interés general. En segundo lugar, la convalidación legislativa

(58) El artículo 1 del Protocolo Adicional, de 20 de marzo de 1952, al CEDH, establece que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho internacional».

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho de los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.»

(59) El artículo 6.1 del CEDH dispone que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...».

(60) El artículo 9 del CEDH establece que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

(61) En este punto, el Magistrado JAMBREK discrepa de la mayoría en su voto particular.

no supuso ninguna sorpresa para las sociedades demandantes, ya que después de la resolución del asunto *Woolwich* aquéllas podían razonablemente esperar una reacción del legislador.

B) *Constitucionalidad del contenido del reglamento*

Es evidente que una ley no puede dar validez a un contenido inconstitucional, a una norma reglamentaria que contradice lo dispuesto en la Constitución. Así, por ejemplo, la ley que declara la validez y obligatoriedad de una regulación reglamentaria discriminatoria o lesiva de un determinado derecho fundamental es, lógicamente, inconstitucional.

C) *La seguridad jurídica*

La seguridad jurídica, que garantiza la Constitución española (62), pugna en ciertas ocasiones con otros valores jurídicos, como el de justicia, pero también es posible que la tensión se produzca entre distintas manifestaciones de aquélla (63). El caso de las convalidaciones legislativas constituye una buena muestra de ello. La seguridad pide la conservación de un reglamento inválido en la medida en la que algunas personas hayan confiado en su validez. Pero también cabe que otras personas hayan considerado, con razón, que dicho reglamento era inválido y que, en consecuencia, hayan ajustado sus comportamientos a dicha consideración. En este último supuesto, existe el peligro de que la convalidación de la norma reglamentaria, en cuanto que normalmente supone una alteración retroactiva del ordenamiento jurídico, lesione la confianza legítima de esas personas y, con ello, se infrinja aquel principio constitucional.

La convalidación debe respetar, por tanto, los límites constitucionales establecidos en relación con la retroactividad de las leyes.

La Constitución española garantiza en su artículo 9.3 «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», y en su artículo 25.1 dispone que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». (64)

Además, el Tribunal Constitucional ha considerado que una ley retroactiva *in peius* —de carácter tributario—, a pesar de no estar comprendida en la categoría

(62) *Vid.* el artículo 9.3 de la CE.

(63) PÉREZ LÓÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 96 y ss., que habla de tensiones axiológicas externas e internas, respectivamente.

(64) Ha de tenerse, además, en cuenta que el artículo 7.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone que «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

«disposición retroactiva de derechos individuales», lesionaba, no obstante, el principio de seguridad jurídica, «la confianza fundada de los ciudadanos». (65)

Para enfrentarse a los múltiples problemas interpretativos que plantean estos preceptos hay que tener muy presente los valores jurídicos a los que obedecen y las circunstancias singulares que distinguen a las convalidaciones legislativas de otros supuestos «típicos» de retroactividad de normas legales.

La prohibición en determinados supuestos de la retroactividad responde a razones de seguridad jurídica, que en tales casos prevalecen sobre las de justicia. Los ciudadanos necesitan con especial intensidad calcular las consecuencias negativas que se siguen de sus comportamientos para así evitarlas; y al revés, prever cuáles son los efectos positivos de sus actuaciones para intentar alcanzarlos. Las normas retroactivas desfavorables producen a los ciudadanos un perjuicio con el que éstos no podían contar. Aquella prohibición se establece por cuanto este tipo de normas inciden de manera negativa y sorpresiva en la posición jurídica de los ciudadanos. Estos no podían atenerse a lo dispuesto en una norma que todavía no se había dictado. Se lesiona la seguridad jurídica o, si se quiere decir así, el principio de confianza legítima debido a que el correspondiente cambio normativo se produce «por sorpresa y con evidente perjuicio de los particulares» (66). Es por ello que la constitucionalidad de las leyes que se limitan a ampliar retroactivamente la esfera jurídica de los administrados no plantea dudas. No es digno de ser protegido el interés de un ciudadano en ser tratado peor de lo que esperaba.

Lo característico de las convalidaciones legislativas frente a otros supuestos de leyes retroactivas es que se otorga validez a una norma jurídica que probablemente gozaba ya de una cierta apariencia de validez (67). En tanto en cuanto la norma reglamentaria tuviese antes de la convalidación una apariencia tal, su convalidación no constituye una sorpresa negativa para los ciudadanos. Pero es que, además, es posible que un reglamento inválido desfavorable para algunas personas, beneficie al mismo tiempo a otras que hayan ajustado sus comportamientos a lo dispuesto en el mismo porque confían en su validez. En este caso, la convalidación de esa norma reglamentaria protege dicha confianza, favorece la seguridad jurídica. Resulta justificado, pues, tratar la retroactividad de las leyes que convalidan una norma anterior aparentemente válida de un modo distinto a la de las leyes que no tienen este carácter convalidatorio.

La medida en la cual el reglamento en cuestión goce antes de ser convalidado de una cierta apariencia de validez constituye, por consiguiente, un dato que condiciona decisivamente la constitucionalidad de su convalidación.

(65) Vid. la STC 173/1996, de 31 de octubre (especialmente, FFFJ 3, 4 y 5), que dice que «el principio de seguridad jurídica protege la confianza de los ciudadanos frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles».

(66) GARCÍA MACHO, R., «Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». *Libro homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 462, 456 y 466.

(67) Advierte SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, cit. (n. 38), p. 382, que cualquier norma jurídica, «aun desprovista de validez, posee la apariencia externa de norma».

Otro dato que estimamos determinante es el de la gravedad, medida en términos cuantitativos y cualitativos, de los perjuicios que supone la ruptura de la confianza en la validez, o en la invalidez, del reglamento de que se trate.

Esto último explica la prohibición constitucional absoluta de la retroactividad de las normas penales y sancionadoras de carácter desfavorable. Este carácter tienen, lógicamente, las leyes que convalidan un reglamento de carácter sancionador que empeora la situación de los ciudadanos. Dada la extraordinaria gravedad que para éstos entraña el ejercicio del *ius puniendi* estatal, la confianza eventualmente depositada en la invalidez de una norma reglamentaria sancionadora merece la máxima protección. Aquí creemos que rige la regla de la irretroactividad sin excepción alguna.

No debe causar extrañeza, pues, que las SSTC 29/1989, de 6 de febrero y 45/1994, de 15 de febrero, hayan considerado inconstitucional que sendas leyes prestaran cobertura con carácter retroactivo a otros tantos reglamentos inválidos de contenido sancionador dictados con anterioridad a las mismas.

En los restantes casos, la convalidación retroactiva de un reglamento puede resultar ajustada a la Constitución siempre que éste gozara anteriormente de una cierta apariencia de validez y que la seguridad jurídica u otros valores jurídicos dignos de protección tengan en el caso concreto el suficiente «peso» relativo como para justificar dicha retroactividad.

Así, muy difícilmente podrá resultar justificada la convalidación de una norma reglamentaria cuya anulación mediante sentencia firme ha sido ya publicada en el periódico oficial correspondiente, pues desde el día de esa publicación aquella resolución jurisdiccional produce efectos jurídicos *erga omnes* (68) y queda borrada cualquier apariencia de validez merecedora de protección que la norma anulada pudiera tener.

De hecho, el TS ha negado la retroactividad a la convalidación de un reglamento anulado por sentencia firme. Cierta Ley de la Generalitat de Catalunya exigía para liquidar cierto canon que previamente se hubiese dictado un plan de saneamiento. La Generalitat adoptó el correspondiente Plan y giró en aplicación del mismo varias liquidaciones. Luego de que se anulara por sentencia firme dicho Plan por vicios de procedimiento, la Generalitat volvió a aprobarlo y mediante una norma de rango legal estableció que el canon sería exigible con carácter retroactivo. Finalmente, la STS de 19 de abril de 1997 (69) declara en vía incidental —al resolver un recurso interpuesto contra algunas de aquellas liquidaciones— que no era admisible tal retroactividad. Los argumentos esgrimidos por el TS son los siguientes, al hilo de los cuales realizamos algunas observaciones:

El Plan inicialmente aprobado era nulo, y «la nulidad de pleno derecho... equivale a la desaparición absoluta de la disposición jurídica..., así declarada..., sin posibilidad de subsanación, es decir, de sanar lo que es nulo». A nuestro juicio, la idea

(68) Vid. el artículo 72.2 de la LJ.

(69) STS de 19 de abril de 1997.

puramente tónica según la cual lo nulo es insusceptible de convalidación (70) no puede oponerse al legislador. La ley, en principio, sólo está limitada por la Constitución y ésta no prohíbe, siquiera implícitamente, la convalidación legislativa de un acto nulo. No alcanzamos a adivinar cómo se deduce dicha prohibición de la norma constitucional.

En segundo lugar, el TS afirma que la Ley cuestionada ha pretendido obrar una retroactividad *facti*, lo que es «ontológicamente imposible», pues «lo que no es posible es retroceder en el tiempo, de manera que el devengo del Canon de saneamiento (correspondiente a ciertos trimestres) adolecerá siempre, de manera indefectible, del incumplimiento de la *conditio iuris*, consistente en la existencia de un Plan de Saneamiento previamente aprobado, es decir preexistente». La distinción realizada por el TS entre retroactividad *iuris* y retroactividad *facti* nos parece totalmente artificiosa. Ni el legislador ni nadie es capaz de cambiar los hechos acaecidos en el pasado, pero lo que sí puede hacer la ley —dentro de los límites constitucionales, claro está— es modificar las consecuencias jurídicas que haya que anudar a los hechos pasados, cambiar el significado jurídico de los mismos, o —si se prefiere decir así— fingir a los solos efectos jurídicos que se ha producido un determinado acontecimiento (71). Y eso es en definitiva, lo que ha sucedido en el caso cuyo estudio ahora nos ocupa.

El Plan de Saneamiento posteriormente aprobado por la Generalitat, «dado su carácter reglamentario, no puede tener eficacia retroactiva, como mantiene este Tribunal Supremo en doctrina constante y reiterada». Este argumento también nos parece rechazable. Cierta línea jurisprudencial, auspiciada por prestigiosos autores (72), ha entendido que a la Administración no le está permitido dictar disposiciones retroactivas desfavorables para los ciudadanos; tal posibilidad queda reservada a la ley (73). Pero en este caso es el legislador, y no la Administración, el que ha dispuesto la retroactividad de cierta regulación jurídica. Y es claro que «los reglamentos..., pueden ser retroactivos..., siempre que el reglamento traiga su retroactividad de una disposición con

(70) *Vid.* una acertada crítica a este tópico, desprovisto de fundamento jurídico, en BELADIEZ ROJO, M., *ob. cit.* (n. 3), pp. 242 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad...*, *cit.* (n. 4), pp. 180 y ss. También consideran que esta regla carece de fundamento lógico, BOQUERA OLIVER, J. M.², *ob. cit.* (n. 4), p. 375; GONZÁLEZ NAVARRO, F., *ob. cit.* (n. 38), pp. 477 y 478.

(71) Señalan WOLFF, H. J., BACHOF, O. y STÖBER, R., *Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1994, p. 298, que la «retroactividad de una norma jurídica significa que la ley finge su validez para un tiempo anterior a su entrada en vigor o que..., sus consecuencias jurídicas se anudan a un supuesto de hecho acaecido antes de su entrada en vigor», y KELSEN, H., *Teoría...*, *cit.*, p. 27, que «lo que ha acontecido no puede transformarse en algo nunca acontecido; pero el significado normativo de lo hace mucho sucedido puede, con fundamento en normas promulgadas con posterioridad al acontecimiento a que se refieren, modificarse retroactivamente».

(72) *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., *ob. cit.* (n. 4), t. I, pp. 81 y ss.

(73) *Vid.* las SSTs de 31 de enero de 1989, de 3 de febrero de 1989 y de 11 de julio de 1989. En sentido contrario se pronuncian SSTs más recientes, como las de 15 de abril de 1997, de 23 de abril de 1997 y de 25 de noviembre de 1997.

rango de Ley que lo habilite para ello» (74) y que esa Ley respete los límites que le impone la Constitución.

Por último, se alude al «respeto del principio constitucional de seguridad jurídica». En nuestra opinión la convalidación retroactiva del mentado Plan de Saneamiento era contraria a dicho principio por las razones ya expuestas. Ahora bien, esta STS es criticable en cuanto que inaplica una ley sin plantear una previa cuestión de inconstitucionalidad.

El caso es distinto cuando el reglamento en cuestión se encuentra todavía *sub iudice*. En nuestra opinión, la convalidación legislativa de un reglamento cuya anulación se pretende en un proceso pendiente, que todavía no ha terminado con una sentencia firme, es en principio compatible con la seguridad jurídica. Mientras dura ese proceso no puede saberse con mayor o menor grado de certeza que antes de empezar el mismo si la disposición impugnada es válida o inválida. La mera pendencia de ese proceso no hace perder, pues, a esa disposición su apariencia de validez, apariencia susceptible de justificar su convalidación.

Sin embargo, el TS no lo ha entendido así en alguna ocasión. Pendiente un recurso de apelación contra una sentencia que anulaba el Decreto 380/1984 de la Generalitat de Catalunya por el que se creaba el cargo de Director-gerente en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, debido a que esa regulación debía haberse contenido en una norma de rango legal, la Generalitat dicta la Ley 13/1988 que dispone: «Se convalida el Decreto..., que afecta la posibilidad de creación del cargo de Director-Gerente...». Pues bien, el TS primero confirma en apelación la anulación de ese Decreto sin aludir, siquiera implícitamente, en sus razonamientos a la Ley convalidatoria (75) y luego, en vía incidental, al resolver un recurso contra un acto dictado en aplicación del mismo, declara que la decisión del Parlamento catalán «sólo podrá producir efectos jurídicos a partir de la fecha de su publicación» (76), sin aportar argumentos que sostengan esta declaración.

Esta jurisprudencia merece una crítica desfavorable, cuanto menos por dos razones:

El TS inaplica una ley sin plantear previamente una cuestión de constitucionalidad. Es evidente que la Ley catalana referida pretendía tener carácter retroactivo, pues la convalidación de una norma que había entrado en vigor cuatro años antes debía tenerlo necesariamente. No cabe duda alguna al respecto. Si la Ley 13/1988 citada hubiese querido producir efectos jurídicos *ex nunc*, hubiese dispuesto simplemente «podrá crearse el cargo de Director-gerente en las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación».

El TS no razona por qué la Ley convalidatoria sólo podía producir efectos a partir de la fecha de su publicación.

La solución a este problema pasa por una ponderación entre los distintos valores e intereses constitucionales implicados en el caso concreto. De un lado, esa ley

(74) STS de 10 de diciembre de 1987.

(75) STS de 20 de marzo de 1996.

(76) STS de 6 de mayo de 1998.

protegía la confianza que las personas nombradas Director-gerente hubieran depositado en un reglamento aparentemente válido, aunque, evidentemente, perjudicaba las expectativas totalmente legítimas de los Secretarios Generales de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación recurrentes. Habría que ver, igualmente, en qué medida qué intereses públicos demandaban la retroactividad de la medida.

D) *El derecho a la tutela judicial efectiva*

a) *El caso de las convalidaciones «totales y directas»*

MATHIEU ha cuestionado la constitucionalidad de estas convalidaciones legislativas por cuanto suponen una lesión del *droit au recours* (77), es decir, del derecho a una tutela judicial efectiva.

Una convalidación legislativa es «total y directa», según la terminología utilizada por este autor, cuando el legislador declara la validez, sin mayores precisiones, de un determinado acto. Un buen ejemplo lo constituye la citada Ley 13/1988 de la Generalitat de Catalunya. Dichas convalidaciones se distinguen de aquellas otras que modifican retroactivamente sólo algunas de las normas con arreglo a las cuales debía juzgarse la legalidad del acto en cuestión. La diferencia entre ambas figuras es clara: En el primer caso queda «purgado» cualquier vicio que pudiera tener el acto convalidado —salvo aquellos de alcance constitucional, claro está—. La ley «cubre», «ampara», completamente al acto convalidado. En el segundo caso, existe la posibilidad de que el acto en cuestión resulte ser inválido si éste infringe alguna norma que no se ha visto afectada por la modificación legislativa. (78)

Nótese que si un Tribunal niega la validez a una disposición convalidada «total y directamente», inaplicándola o anulándola, desobedece —inaplica— con ello a la ley convalidatoria. Ello tal vez explique la objeción de aquel autor francés. Como en Francia los Tribunales ordinarios no pueden desobedecer las leyes que estimen inconstitucionales, ni tampoco provocar su anulación mediante una suerte de cuestión de inconstitucionalidad (79), aquella convalidación de un acto tendrá por efecto «prohibir al juez administrativo conocer la legalidad de ese acto por cualquier motivo que sea» (80). Y, en consecuencia, el ciudadano afectado por el acto inconstitucionalmente convalidado quedará indefenso.

(77) MATHIEU, B., ob. cit., (n. 53), pp. 786 y 787.

(78) *Ibidem*.

(79) *Vid.*, al respecto, ROUSSILLON, H., *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1996, pp. 83 y ss.

(80) MATHIEU, B., ob. cit., (n. 53), p. 786. Señalan DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *Traité de droit administratif*; LGDF, París, 1994, t. I, 1992, p. 530, que «si el acto administrativo, contrario por hipótesis a la Constitución, encuentra su fundamento directo en una ley, que se interpone entre aquél y la Constitución, su ilegalidad no podrá ser invocada ante el juez, porque la ley hará pantalla y el control jurisdiccional, por vía de excepción, de la constitucionalidad de las leyes no ha sido, hasta el día de hoy..., reconocido en Francia».

En España, los órganos jurisdiccionales ordinarios pueden provocar dicha anulación planteando una cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren que una ley aplicable al caso concreto —aquí, la norma convalidatoria— de cuya validez depende el fallo es contraria a la Constitución. (81)

b) *Convalidación de reglamentos que se hallan «sub iudice»*

SANTANIELLO considera que la Administración no puede convalidar sus actos cuya impugnación esté pendiente, pues de lo contrario «la autoridad acabaría por eludir las garantías predispuestas para tutelar al ciudadano perjudicado por el acto, el cual ha adquirido el derecho a obtener la anulación del acto viciado» (82). El mismo argumento podría utilizarse para intentar sostener que la convalidación legislativa de un reglamento cuya anulación se pretende en un proceso pendiente es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

En cualquier caso, aquel argumento nos parece rechazable. Como pone de relieve BELADIEZ ROJO al efecto de criticar la posición del mentado autor italiano, «la interposición de cualquier recurso no otorga al accionante derecho alguno a obtener una sentencia o resolución conforme a sus pretensiones. No se puede hablar de un derecho a la anulación, sino de un derecho al proceso». (83)

En este sentido, ya vimos que el TEDH ha considerado que la convalidación legislativa de un reglamento cuya anulación se pretendía en un proceso pendiente no lesionaba el derecho de los demandantes a un proceso equitativo, fundamentalmente, porque razones de interés general justificaban esa decisión. (84)

No obstante, hay que advertir que la emanación de un acto administrativo inválido y su posterior convalidación cuando éste se encuentra *sub iudice*, ocasionará a los ciudadanos que lo hayan impugnado ciertos perjuicios, los derivados de la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Es claro que la Administración causante de tales perjuicios, que se hubieran evitado si ésta hubiera obrado correctamente —si no hubiera dictado el reglamento inválido— y, por tanto, que el ciudadano no tiene obligación de soportar, debe responder patrimonialmente de los mismos. (85)

(81) *Vid.* los artículos 163 de la CE y 35 y ss. de la LOTC.

(82) SANTANIELLO, G., «Convalida», *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1962, t. X, p. 505.

(83) BELADIEZ ROJO, M., *ob. cit.* (n. 3), p. 226.

(84) *Vid.* la STEDH de 23 de octubre de 1997 (*National & Provincial Building Society y otros*, 845/97).

(85) En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M., *ob. cit.* (n. 3), p. 226. En el Derecho alemán, el § 45.2 de la VwVfG permite la subsanación de los actos administrativos inválidos durante el proceso, en cuyo caso consideran varios autores (*vid.* DOLDERER, M., «Pie neue eingeführte Ergänzung von Ermessensermwagungen im Verwaltungsprozeß», *DÖV*, 1999, p. 109; HATJE, A., «pic Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung», *DÖV*, 1997, pp. 479 y 481; MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, München, 1997, p. 253), que deben imponerse las costas a la Administración. HUERGO LORA, A., «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, 145, 1998, p. 113 y ss., defiende la misma solución para el Derecho español en los casos en que la Administración subsana en el proceso un acto motivado defectuosamente.

E) *La interdicción de la arbitrariedad*

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Dicha interdicción supone «la necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación» (86). «El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple *porque sí* queda, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político» (87). Evidentemente, el Poder legislativo no escapa a dicho mandato. «El legislador está constitucionalmente obligado también a dar razón de sus decisiones». Razones que deben ser «coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse», «consistentes con la realidad objetiva» y «conformes con las reglas de la lógica formal». (88)

A la vista del carácter retroactivo que normalmente tendrá la convalidación legislativa, de los perjuicios patrimoniales —derivados del proceso— causados por la misma a los ciudadanos que con toda la razón consideraron que el reglamento en cuestión era inválido y lo impugnaron directamente o recurrieron los actos dictados a su amparo, se comprende que la ley convalidatoria de que se trate deba contar con razones justificativas, razones que deberán tener tanto mayor peso cuanto mayor sea el sacrificio que para ciertos valores jurídicos represente la convalidación.

VIII. EL CASO DEL REAL DECRETO 118/1991, SOBRE SELECCION DE PERSONAL ESTATUTARIO Y PROVISION DE PLAZAS EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Este reglamento fue dictado en desarrollo del artículo 34 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990, precepto anulado por la STC 203/1998, de 15 de octubre, por razones de carácter «formal», por no reunir los requisitos necesarios para poder ser incluido en aquella Ley de Presupuestos (89). Dicha STC resolvía dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el TS con ocasión de varios recursos contencioso-administrativos interpuestos, precisamente, contra los Reales Decretos 1.453/1989, de 1 de diciembre y 118/1991, de 25 de enero.

Esa STC no precisa el alcance de la anulación del mencionado artículo 34, con lo que traslada al TS la tarea de determinarlo. Así lo declara expresamente el TC:

(86) STS de 17 de abril de 1990.

(87) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *ob. cit.* (n. 4), t. 1, p. 470 y la STS de 29 de diciembre de 1986.

(88) *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998, *in toto*; las palabras citadas se encuentran en las pp. 160 y 161.

(89) Sobre la línea jurisprudencial en la cual se enmarca esta STC, *vid.* DE LA PEÑA VELASCO, G., «La delimitación del contenido constitucional de la parte dispositiva de las leyes de presupuestos en materia tributaria», *REDF*, 99, 1998, pp. 377-400; JIMÉNEZ DÍAZ, A., «La Ley de Presupuestos: Seguridad jurídica y principios de relación entre normas», *REDF*, 82, 1994, pp. 295-328.

«Corresponderá, en su caso, al Tribunal Supremo, determinar cuál haya de ser la eventual incidencia (de la declaración de inconstitucionalidad) sobre los (reglamentos) objeto de los procesos contencioso-administrativos de los que traen causa las cuestiones aquí enjuiciadas».

Poco después, la STS de 1 de diciembre de 1998 anula el mentado reglamento. El TS considera que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 privaba de «cobertura habilitante» al RD 118/1991. Y como éste tampoco encontraba cobertura en alguna de las normas integrantes del ordenamiento jurídico una vez expulsado del mismo la ley inconstitucional (90), declara su invalidez. Conviene señalar que la referida STS no precisa el alcance de la anulación de aquel reglamento, lo que genera una gran incertidumbre acerca de los numerosos actos y situaciones jurídicas nacidos al amparo del mismo. Y es que el RD 118/1991 gozaba de una cierta apariencia de validez. De hecho, había sido aplicado incluso por diversas SSTs, que en ningún momento cuestionaron su conformidad con el ordenamiento jurídico. (91)

Para poner remedio a dicha situación de incertidumbre e inseguridad jurídicas, el Gobierno dicta el Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Para justificar la adopción de esta norma se dice en su Exposición de Motivos:

«Actualmente se encuentran en tramitación, o a punto de ser convocadas, numerosas pruebas selectivas o concursos de traslados para la cobertura de varios miles de plazas de las distintas categorías o tipos de personal de las instituciones y centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud, convocatorias que pueden verse privadas del reglamento que regula su desarrollo y tramitación. Las repercusiones que ello tendría no sólo en el correcto funcionamiento del sistema sanitario, que vería aplazada la incorporación de varios miles de profesionales a numerosos hospitales y centros de salud, sino también en las legítimas expectativas de cientos de miles de ciudadanos que aspiran a acceder a un puesto de trabajo en el sistema sanitario público a través de procedimientos ya convocados o a punto de serlo, son evidentes.

Resulta, por todo ello, necesaria y urgente la adopción por el Gobierno de una medida legislativa extraordinaria que dé cobertura a los procesos selectivos ahora en marcha y a las convocatorias que, en desarrollo de las ofertas de empleo, han sido anunciadas por diferentes Servicios de Salud para el inmediato futuro...»

Lo que interesa señalar es que la disposición transitoria primera de este Real Decreto-ley convalida parcialmente el RD 118/1991 al disponer que «los procedi-

(90) El TS no comparte la opinión del Abogado del Estado, según la cual «el Gobierno se hallaba habilitado para dictar el RD impugnado, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad».

(91) *Vid.* las SSTs de 25 de julio de 1995; de 28 de marzo de 1996; de 23 de abril de 1996; de 14 de mayo de 1996; de 29 de mayo de 1996; de 12 de junio de 1996; de 29 de junio de 1996; de 15 de julio de 1996; de 17 de julio de 1996; de 7 de febrero de 1997; de 7 de febrero de 1997; de 7 de marzo de 1997; de 15 de mayo de 1997; de 20 de febrero de 1998.

mientos de selección de personal estatutario y de provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, convocados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, se considerarán válidos en tanto no se opongan a las previsiones de esta norma». Esto es, se otorga validez a los efectos jurídicos producidos hasta entonces por el RD 118/1991, siempre que no sean materialmente contrarios a lo dispuesto en aquella norma gubernamental con fuerza de ley.

Y por si quedara alguna duda al respecto, el apartado 2 de la disposición derogatoria de este Real Decreto-Ley establece que «queda *derogado* el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social». De esta manera se establece, si bien implícitamente, la validez de los efectos jurídicos producidos hasta entonces por dicha norma reglamentaria, pues es sabido que la derogación tiene en principio carácter *ex nunc* o irretroactivo (92). La norma derogatoria no afecta, en principio, a los efectos producidos en el pasado por la norma derogada, que siguen conservando su validez.

Veamos en qué medida esta convalidación legislativa respeta los límites constitucionales tratados en el anterior epígrafe.

El contenido del reglamento anulado no era en sí mismo contrario a la Constitución. Dicho reglamento fue declarado inválido por padecer un vicio meramente «formal», al igual que la Ley de Presupuestos que constituía su «cobertura habilitante». Es por ello que el legislador podía, en principio, otorgar validez a la referida regulación reglamentaria, en sí misma ajustada a la Constitución.

Otra cosa es si podía efectuarse dicha convalidación con eficacia retroactiva, como aquí ha ocurrido. Es evidente que el referido Real Decreto-Ley no encaja en la categoría «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». La cuestión radica en determinar si aquella retroactividad es compatible con la seguridad jurídica.

A nuestro juicio, dicho principio jurídico justificaba incluso dicha convalidación. Como ya ha quedado expuesto, el reglamento anulado gozaba de una innegable apariencia de validez, venía siendo aplicado con normalidad por la Administración y por los Tribunales y en él se habían depositado «legítimas expectativas de cientos de miles de ciudadanos que (aspiraban) a acceder a un puesto de trabajo en el sistema sanitario público a través de procedimientos ya convocados o a punto de serlo». No obstante conviene matizar.

Creemos que no cabe duda de que podían ser convalidados los efectos jurídicos del reglamento producidos antes de la STS que lo anuló, esto es, los procedimientos de selección de personal estatutario y de provisión de plazas convocados antes del 1 de diciembre de 1998. Hasta ese momento el reglamento en cuestión conservaba su apariencia de validez.

La duda se suscita respecto de los procedimientos eventualmente convocados en el período de tiempo que va desde el 1 de diciembre de 1998 al 9 de enero de 1999, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 1/1999 (93). Durante este período

(92) *Vid.* el artículo 2.3 del CC y Díez-PICAZO, L. M.^a, *ob. cit.* (n. 10), pp. 203 y ss.

(93) *Vid.* la disposición final tercera de este Real Decreto-ley.

de tiempo se da la circunstancia de que la Administración del Estado y el Instituto Nacional de la Salud no podían confiar ya en la validez del RD 118/1991, por cuanto habían sido partes recurrida y coadyuvante, respectivamente, en el proceso resuelto por la mentada STS de 1 de diciembre de 1998, y es claro que los efectos *inter partus* de las sentencias que anulan reglamentos se producen desde el mismo momento de la lectura de la correspondiente sentencia anulatoria (94). Sin embargo, también hay que tener en cuenta que las personas eventualmente afectadas por los procedimientos convocados en aplicación del RD 118/1991 durante aquel periodo de tiempo podían razonablemente confiar en la validez de tales procedimientos, fundamentalmente porque la STS de 1 de diciembre de 1998 no había sido todavía publicada en el «Boletín Oficial del Estado» y, en consecuencia, el reglamento que ésta había anulado y que daba cobertura jurídica a aquellos procedimientos gozaba aún de una cierta apariencia de validez.

Ha de entenderse, por virtud de una interpretación conforme con la Constitución del Real Decreto-Ley 1/1999, que la convalidación no afectaba a los procedimientos, actos y situaciones jurídicas nacidos de la aplicación del RD 118/1991 y anulados mediante sentencia con valor de cosa juzgada. Es claro que la seguridad jurídica impone el respeto de lo decidido por tales sentencias.

Veamos ahora si la convalidación legislativa efectuada por el Real Decreto-ley 1/1999 infringe la prohibición de arbitrariedad establecida en el artículo 9.3 de la Constitución. Ya nos consta que este precepto obliga a los poderes públicos a justificar sus actuaciones.

A nuestro juicio, las razones expuestas en los párrafos de la Exposición de Motivos del citado Real Decreto-ley arriba transcritos justifican suficientemente la medida adoptada. Despejar con prontitud la gran incertidumbre generada por la anulación del RD 118/1991 y proteger la confianza de numerosas personas depositada en la validez de los procedimientos de selección y de provisión de plazas convocados al amparo del mismo hacían necesaria dicha medida. Y así queda reflejado en aquella Exposición de Motivos.

Ello no quita que debamos denunciar la arbitraria actuación —mejor dicho, inactividad— administrativa propiciada por la inexistencia de una regulación legal de la publicación de las sentencias anulatorias de reglamentos en el momento en el que se dicta la STS de 1 de diciembre de 1998 arriba citada.

En la fecha en la que se escriben estas palabras, y salvo error nuestro, todavía no ha sido publicada en el BOE la STS de 1 de diciembre de 1998 que anula el RD 118/1991. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 no contemplaba la publicación de tales sentencias (95), pero durante la vigencia de esta Ley alguna STS anulatoria de una disposición reglamentaria había orde-

(94) Ello se desprende, a *sensu contrario*, del artículo 72.2 de la LJ según el cual «las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada». La cursiva es nuestra.

(95) Lo que criticaba SAINZ MORENO, F., «La publicidad de las normas», *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 22 y ss.

nado su publicación en la misma sección del BOE donde en su día se insertó el texto de la disposición anulada. (96)

En cualquier caso, resulta inaceptable que se haya publicado el Real Decreto-ley que convalida el RD 118/1991 anulado y se haya ocultado, sustraído ilegalmente a los ciudadanos la posibilidad de conocer la anulación de ese RD. Esta injustificable e injustificada omisión pugna con los principios de transparencia (97), de publicidad de las normas y de interdicción de la arbitrariedad. (98)

Afortunadamente, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que ha entrado en vigor el 14 de diciembre de 1998, ha puesto remedio a esta situación. El órgano jurisdiccional que anule total o parcialmente una disposición general ha de ordenar «su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia». (99)

(96) STS de 18 de octubre de 1997.

(97) Vid. el artículo 3.5 de la LRJAPPAC. «La democracia es un sistema que se presupone, por definición, transparente», dice SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...*, cit. (n. 38), p. 251.

(98) Vid. el artículo 9.3 de la CE.

(99) Artículo 107.2 de la LJ. Vid., también, las SSTS publicadas en el BOE de 26 de abril de 1999, pp. 15316 y ss.