

I. - COMENTARIOS MONOGRAFICOS

LA FISCALIZACION DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS POR LA JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA (*)

SUMARIO: I. DISPOSICIONES EXCLUIDAS DE FISCALIZACIÓN POR RAZÓN DE SU RANGO FORMAL: A) *Leyes de Cortes y de la Jefatura del Estado*. B) *Disposiciones del Poder ejecutivo con fuerza de Ley*.—II. INIMPUGNABILIDAD DE LOS DECRETOS-LEYES: A) *La falta de puntos de referencia*. B) *La audiencia de la Comisión de artículo 12 de la Ley de Cortes*.—III. LA IMPUGNABILIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS: A) *Clases de Decretos legislativos*. B) *La posibilidad de fiscalización*. C) *Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. IV. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA FISCAL: A) *El artículo 11,2 de la Ley General Tributaria y su interpretación jurisprudencial*. B) *Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo*.—V. EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA CONFERIDA POR DECRETO-LEY: A) *Examen de algunos casos planteados*. B) *Argumentos en favor y en contra de la tesis*. C) *La intervención del Consejo de Estado en tales casos*.

I

DISPOSICIONES EXCLUIDAS DE FISCALIZACIÓN POR RAZÓN DE SU RANGO FORMAL.

El artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa dice en su párrafo 1.º lo siguiente:

«La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley».

Del citado precepto se deduce, a contrario, que las disposiciones con categoría o rango de Ley no están sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa. Interesa, por consiguiente, que establezcamos cuáles son estas disposiciones en Derecho español.

(*) El presente trabajo recoge las ideas expuestas por el autor en conferencias pronunciadas con motivo de los Cursos sobre "Problemas políticos de la vida local" (Peñíscola, septiembre de 1969), y en las "II Jornadas administrativas gallegas" (Bayona, octubre de 1969).

A) *Leyes de Cortes y de la Jefatura del Estado.*

En primer lugar, están las Leyes elaboradas por las Cortes españolas, Organismo legislativo ordinario de acuerdo con nuestro Derecho fundamental (1). Pero hay que añadir enseguida que la Ley Orgánica del Estado, en su disposición transitoria 1.ª, II, consagra la subsistencia en manos del actual Jefe del Estado, y hasta que se cumplan las previsiones de la Ley de sucesión, de las atribuciones en materia legislativa que le fueron conferidas por las Leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939.

Esto quiere decir que junto a las Leyes aprobadas por las Cortes españolas (sin perjuicio de la ulterior sanción por el Jefe del Estado, cuyo significado es análogo al usual en el Derecho comparado) están las Leyes emanadas directamente del Jefe del Estado en uso de su prerrogativa. Ni unas ni otras son susceptibles, por supuesto, de recurso contencioso-administrativo.

Establecida en nuestro Ordenamiento jurídico la distinción entre Leyes Fundamentales y Leyes Ordinarias, hay que admitir la hipótesis de que las disposiciones con rango de Ley a que acabamos de referirnos puedan entrar en colisión con el Ordenamiento fundamental y que, por tanto, se produzca un supuesto de contrafuero (2). Pero la fiscalización de estos casos se realiza mediante el llamado recurso de contrafuero que establece la propia Ley Orgánica del Estado en sus artículos 59 a 66 y cuya regulación procedimental se contiene en la Ley de 5 de abril de 1968 (3).

(1) El artículo 1.º de la Ley Constitutiva de las Cortes, de acuerdo con la redacción dada por la Ley Orgánica del Estado, dice así: "Las Cortes son el Organismo superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado. Es misión principal de las Cortes la elaboración y aprobación de las Leyes, sin perjuicio de la sanción que corresponde al Jefe del Estado".

(2) Según el artículo 59,1 de la Ley Orgánica del Estado "es contrafuero todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino".

(3) La categoría de las *Leyes Fundamentales*, con rango superior a las ordinarias, ha sido introducida en nuestro Derecho vigente por la Ley de sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947. Posteriormente, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 pareció animar de efectividad práctica el distinguo al prescribir en su artículo 3.º: "Serán nulas las Leyes y Disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios promulgados en la presente Ley Fundamental del Reino". Quedaba, sin embargo, en pie el problema de hacer efectiva dicha nulidad, lo cual parecía postular (dada la incompetencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa) la creación de una Jurisdicción especial de rango constitucional, lo cual no ha ocurrido, como se ha visto, hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Estado que instituye el recurso de contrafuero.

Entre tanto, la doctrina pretendió extraer algún tipo de consecuencias del proclamado principio de nulidad. Una voz tan autorizada como la del Profesor CASTÁN TOBEÑAS, Presidente entonces del Tribunal Supremo, pudo afirmar en el discurso pronunciado con motivo de la apertura de los Tribunales, el 15 de septiembre de 1958, que los Tribunales de Justicia se encontraban en el deber de rechazar o inaplicar las leyes viciadas de

B) *Disposiciones del Poder ejecutivo con fuerza de Ley.*

Como es sabido, nuestro Derecho admite la posibilidad de disposiciones dictadas por el Poder ejecutivo con fuerza formal de Ley; es decir, con virtualidad suficiente para regular materias amparadas por el principio de *reserva de Ley* y para modificar, suspender o derogar Leyes anteriores emanadas del Poder legislativo ordinario (4).

Dos modalidades revisten estas disposiciones: los Decretos-Leyes y los Decretos legislativos.

Por lo que se refiere a los Decretos-Leyes, su reconocimiento constitucional se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes españolas, en el que se dice:

«Por razones de urgencia, el Gobierno podrá proponer al Jefe del Estado la sanción de Decretos-Leyes para regular materias enunciadas en los artículos 10 y 12. La urgencia será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el artículo anterior, la cual podrá llamar la atención de la Comisión Permanente si advirtiera materia de contrafuero. Acto continuo de la promulgación de un Decreto-Ley se dará cuenta de él a las Cortes».

En cuanto a los Decretos legislativos ha de recordarse, en primer lugar, el reconocimiento expreso que de los mismos se hizo en un texto

inconstitucionalidad con motivo de su aplicación a un caso concreto (*Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley Fundamental española de 17 de mayo de 1958*, pág. 66). En el mismo sentido se han pronunciado los comentaristas de la Ley TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, al afirmar que "si la Administración ha aplicado en el ejercicio de sus potestades administrativas una norma inconstitucional en un concreto supuesto, el particular podrá alegar tal defecto en el recurso contencioso que interponga contra el acto administrativo" (*Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, tomo I, 1965, pág. 144); y nosotros mismos hemos mantenido la opinión de que tanto los Tribunales ordinarios como los contencioso-administrativos deben de abstenerse de aplicar tales Leyes (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.^a ed., 1966, página 249).

Empero, una vez que la Jurisdicción de contrafuero ha sido establecida podría pensarse en la necesidad de un replanteamiento del tema; pues en el supuesto de que una determinada Ley que pudo ser declarada contrafuero no fue impugnada mediante el oportuno recurso, pueden surgir dudas acerca de que esta cuestión sea juzgada por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa que carecen de competencia en materia de contrafuero. No obstante, nuestra opinión es favorable a la inaplicación de tales Leyes al caso concreto por la Jurisdicción contencioso-administrativa. En primer lugar, porque esto no significaría sino la aplicación a este campo de la táctica de la impugnación indirecta de disposiciones generales que consagra nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa en el artículo 39.2 y 4; en segundo lugar, porque también en otro sitio hemos mantenido el principio de compatibilidad entre la Jurisdicción contencioso-administrativa y el recurso de contrafuero (GARRIDO FALLA: *La compatibilidad de la Jurisdicción contencioso-administrativa con otras formas de fiscalización de las Disposiciones dictadas por el Poder ejecutivo*, en "Rev. Internacional de Ciencias Administrativas", 1969).

(4) Para la discusión del tema me remito a mi *Tratado...*, cit., I, pág. 254 y sigs.

legal que, por cierto, no tenía carácter fundamental, como el artículo 10 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que al enumerar las competencias del Consejo de Ministros establece la siguiente:

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

Este precepto —y por razón de su contenido lo era de rigor— ha venido a constitucionalizarse al promulgarse la Ley Orgánica del Estado, de acuerdo con cuyo artículo 51:

«El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de Ley con arreglo a las autorizaciones expresas de las Cortes».

Fuera de estos casos entra en juego el principio de *reserva de la Ley* que impide al Gobierno dictar disposiciones en materia reservada a las Cortes Españolas (5).

Pues bien, ¿qué posibilidades tiene la jurisdicción contencioso-administrativa de fiscalizar estas disposiciones del Poder ejecutivo?

II

INIMPUGNABILIDAD DE LOS DECRETOS-LEYES.

A) *La falta de puntos de referencia.*

En principio debe descartarse la posibilidad de impugnar mediante recurso contencioso-administrativo los Decretos-Leyes. Ya vimos que, supuesto que tienen valor de Ley, ésta es la conclusión que se desprende del artículo 1.º de la Ley jurisdiccional. Pero este argumento no debe considerarse definitivo; pues si se admitiese en términos absolutos, caería por su base la discusión que más tarde vamos a realizar en torno a la posibilidad de impugnar los Decretos legislativos.

(5) El principio de reserva de la Ley está asimismo constitucionalizado, según se desprende del artículo 52 de la Ley Orgánica del Estado: "Salvo el caso previsto en el artículo anterior y los comprendidos en el apartado d) del artículo 10 de esta Ley y en el 13 de la Ley de Cortes, el Gobierno no podrá dictar disposiciones que, de acuerdo con los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes, deban revestir forma de Ley". La referencia que se hace al apartado d) del artículo 10 contempla la facultad del Jefe del Estado, asistido por el Consejo del Reino, para "adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes".

El argumento fundamental es, pues, otro: la falta de puntos de referencia para decretar la nulidad del Decreto-Ley que se impugnase. Porque, claro está, el eventual recurso contencioso-administrativo habría de basarse en que el Decreto-Ley impugnado infringe o está en desacuerdo con tal o cual Ley anterior; pero el argumento caería por su base a poco que se medite que, por definición, cabalmente para esto se promulgan los Decretos-Leyes, es decir, para modificar, derogar o dejar en suspenso una Ley anterior (6).

Claro está que el Decreto-Ley puede infringir o vulnerar alguno de los preceptos contenidos en las Leyes Fundamentales. Ahora bien, como antes se dijo, la posibilidad de fiscalización habrá de realizarse en tales supuestos por la vía del recurso de contrafuero y, por tanto, al margen de la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) *La falta de audiencia de la Comisión del artículo 12 de la Ley de Cortes.*

Como antes se vió, la urgencia, en cuanto causa justificante de la facultad de dictar Decretos-Leyes, «será apreciada —según se dice en el artículo 13 de la Ley de Cortes— por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el artículo anterior». Estamos, por consiguiente, ante un trámite que establece la Ley con carácter preceptivo y cuya ausencia puede determinar «vicio de procedimiento» aducible, por tanto, ante una jurisdicción revisora. Cabe, pues, preguntarse si estamos en presencia de un motivo de impugnación invocable ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

A nuestro juicio, la contestación ha de ser necesariamente negativa, cualesquiera que sean los buenos deseos en los que una solución de otro signo pudiera fundarse. Por de pronto, la urgencia es apreciada por el Jefe del Estado en cuanto tal (es decir, no en cuanto Jefe del Gobierno), lo que eleva la cuestión a rango constitucional. Obsérvese, además, que el artículo 13 de la Ley de Cortes —que es norma de rango fundamental— establece un sistema que afecta a las relaciones entre los distintos poderes del Estado (o, si se prefiere utilizar la terminología del artículo 2.º, II, de la Ley Orgánica del Estado, a la coordinación de las funciones de los más altos Organismos, aunque dentro del sistema de unidad de poder), lo cual escapa claramente al ámbito propio de la ju-

(6) Cuestión aparte es la relativa a la conveniencia de modificar la regulación de los decretos-leyes que establece nuestro Derecho fundamental. Sabido es que el sistema que estableció la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas en su inicial redacción de 17 de julio de 1942 era muy diferente y mucho más similar a los patrones vigentes en el Derecho comparado: se exigía una intervención posterior de las Cortes para que el decreto-ley se convirtiese en ley. Esto, por lo demás, está de acuerdo con la única razón justificante del decreto-ley que es la urgencia. Por razones de urgencia (y supuesto el lento proceso de elaboración legislativa que preside la actuación de las Cortes) debe estar el Ejecutivo en condiciones de legislar; pero la norma promulgada debe estar a resultas de una posterior confirmación por parte del Organismo legislativo ordinario. En nuestro Derecho, la actual configuración del decreto-ley arranca de la nueva redacción que se dio al artículo 13 de la Ley de Cortes por la Ley de 9 de marzo de 1946.

jurisdicción contencioso-administrativa que conoce —según reza el artículo 1.º de la Ley jurisdiccional— de los actos y disposiciones de la Administración pública «sometidos al Derecho administrativo».

En definitiva, nos encontramos aquí ante una exigencia procedimental establecida en una de nuestras Leyes fundamentales, por lo que su incumplimiento podría dar lugar quizás al correspondiente recurso de contrafuero que podría promover la propia Comisión Permanente de las Cortes (aparte del Consejo Nacional del Movimiento), tan pronto como advirtiese que se daba cuenta a las Cortes de un Decreto-Ley, en cuya gestación no hubiesen intervenido previamente las Cortes (siquiera no sea más que en cuanto al punto relativo a la justificación de la urgencia) a través de su Comisión de Competencia Legislativa (7).

III

LA IMPUGNABILIDAD DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS.

A) *Clases de Decretos legislativos.*

A pesar de la eficacia jurídica —similar a la Ley— que nuestro Ordenamiento positivo atribuye a los Decretos legislativos, hemos de adelantar desde ahora la indiscutible posibilidad de su fiscalización mediante el recurso contencioso-administrativo. A esta conclusión se llega, además, si se examinan de cerca las diferentes clases de Decretos legislativos que conoce nuestra práctica administrativa.

a) En primer lugar, están los Decretos legislativos mediante los que se aprueban textos articulados en desarrollo de una anterior Ley de bases aprobada por las Cortes españolas. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, desarrollada por el Decreto de 24 de junio de 1955 (8). Cuando se habla de la Ley de Régimen Local, la referencia se entiende hecha, sin más, a este texto articulado (aprobado por Decreto).

b) En segundo lugar, están los textos refundidos que se aprueban, igualmente por Decreto, en virtud de la autorización que para ello recibe el Gobierno de las Cortes españolas. Ejemplos frecuentes nos los proporciona nuestra legislación fiscal: Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 y textos refundidos dictados por el Gobierno en virtud de la autorización contenida en dicha Ley.

(7) Por lo que se refiere a las medidas enumeradas en el artículo 10, *d*) de la Ley Orgánica del Estado, tampoco cabe a nuestro juicio, el recurso contencioso-administrativo: no son actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo. La enumeración que se contiene en dicho precepto viene realmente a ampliar —por arriba— la noción de “acto político del Gobierno”, que se contiene en el artículo 2.º de la propia Ley jurisdiccional.

(8) Obsérvese que cuando se han modificado las Bases de 1945 han debido intervenir las Cortes Españolas (por ejemplo, Ley de 3 de diciembre de 1953) y de nuevo se ha autorizado al Gobierno para modificar el texto refundido.

c) En fin, nos encontramos con supuestos de autorización genérica en que las Cortes firman prácticamente un «cheque en blanco» a rellenar por el Gobierno mediante la técnica del Decreto legislativo. Es lo que ocurrió con la brevísima Ley de 7 de noviembre de 1957, en virtud de la cual han podido dictarse (con valor de Ley) los voluminosos textos constituidos por la Carta Municipal de Barcelona, de 1960, y la de Madrid, de 1963.

B) *La posibilidad de la fiscalización.*

A la vista de las distintas clases de Decretos legislativos que antes se han examinado debe de llegarse a la conclusión de que, en relación con todos ellos, la fiscalización mediante recurso contencioso-administrativo es posible. Y la razón es elemental: en todos estos casos la «fuerza de Ley» lo es «en tanto en cuanto»; es decir, en tanto en cuanto el Decreto legislativo se haya acomodado al procedimiento establecido para dictarlo y en tanto en cuanto se adecúe a los límites de la autorización conferida por las Cortes. Examinemos más de cerca estos dos condicionantes.

a) Por lo que se refiere al procedimiento, hay que recordar que el artículo 10, 4, de la Ley de Régimen Jurídico exige el «previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno». Bien es verdad que el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado no se refiere expresamente a dicho trámite; pero, ¿se ha de deducir de aquí que se ha producido una derogación o abrogación del artículo 10, 4, de la Ley de Régimen Jurídico? A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa. Se trata simplemente de que dicho trámite no ha sido *constitucionalizado*; pero su exigencia sigue en vigor de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico y en tanto en cuanto una Ley posterior no le modifique en tal sentido (9).

Pues bien, la falta de dictamen del Consejo de Estado no produce, a nuestro juicio, una simple degradación del Decreto legislativo, sino, lo que es más grave, su nulidad por aplicación del principio contenido en el artículo 130, 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo. También aquí el argumento parece claro: la intervención previa del Consejo de Estado condiciona no sólo el rango de la norma que se dicta, sino el ejercicio mismo de la potestad normativa atribuida a la Administración (10).

(9) El artículo 241-1 de la Ley 41/1964, de 11 de junio, sobre Reforma del Sistema Tributario estableció que el Gobierno, previo Dictamen del Consejo de Estado, aprobaría por Decreto el texto refundido de cada uno de los distintos tributos regulados en dicha Ley. Se ha entendido que esta alusión al Consejo de Estado, al no hablarse expresamente del Pleno, hacía suficiente la intervención de la Comisión Permanente. Tratándose de una Ley posterior a la Ley de Régimen Jurídico, el punto de vista que se ha mantenido en la práctica parece, cuando menos, defendible.

(10) El Tribunal Supremo no ha dudado en anular Decretos del Poder ejecutivo en los que el Dictamen del Consejo de Estado era preceptivo. Así, la Sentencia de la Sala 3.ª de 30 de marzo de 1968 anuló los Decretos de 14 de agosto y 16 de diciembre de 1965, en materia de la competencia del Ministerio de Educación. Se ha de advertir, empero, que estos Decretos no tenían el rango de Decretos legislativos.

b) En cuanto a los límites de la autorización *concedida* por las Cortes, se trata, evidentemente, de un singular punto de referencia para que la jurisdicción revisora pueda cumplir su cometido. Salvo en los casos —afortunadamente cada vez más inusuales— de auténticas «autorizaciones en blanco» (imposibles, por otra parte, en materia fiscal: artículos 10 y 11, 1, de la Ley General Tributaria), siempre será posible comprobar si se han respetado los límites de la autorización o delegación.

En efecto:

a') En el caso de los textos articulados, la comprobación consistirá en verificar si el dicho texto articulado ha traicionado la letra o los principios que se consagran en la Ley de Bases aprobada por las Cortes; pues el valor de Ley de aquéllos depende obviamente de su adecuación a éstas. Si el Gobierno aprovecha la delegación para modificar las bases o introducir preceptos nuevos, sin apoyo directo en las tales bases, está claro que esto no puede tener valor de Ley formal. Una interpretación extensiva en esta materia —cualquiera que sea la práctica administrativa al uso— carece rigurosamente de fundamento. El Gobierno en uso de sus propios poderes sólo puede producir Decretos reglamentarios; para que el Decreto legislativo —es decir, con fuerza de Ley— surja es requisito inexcusable que traiga su causa de una expresa delegación del Órgano legislativo.

Por lo demás, se trata de un principio que ha recibido expresa consagración en el artículo 11, 3, de la Ley General Tributaria que, en relación con las delegaciones o autorizaciones legislativas concedidas por las Cortes, prescribe:

«3. Sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de *meras disposiciones administrativas* en cuanto exceda de los límites de la autorización o delegación, o ésta hubiere caducado por transcurso de plazo, o hubiere sido revocada».

b') En el caso de los textos refundidos la cuestión está todavía más clara; pues, en tal supuesto, el valor de Ley dimana de que el precepto se encontrase ya con tal valor de Ley en los anteriores textos legales cuya refundición se autoriza.

Por supuesto que si el Gobierno incluye en el texto refundido preceptos *contrarios* a los textos que se refunden, tales preceptos son nulos (a no ser que hayan sido previamente derogados por la propia Ley que confiere autorización para refundir). Ahora bien, ¿y si se incluyen preceptos *innovativos*? En virtud de las consideraciones que antes se han hecho, una cosa queda clara: su degradación al valor de simples disposiciones reglamentarias. Ahora bien, interpuesto recurso contencioso-administrativo, parece razonable concluir que el Tribunal Supremo debe acordar, además, que *se excluyen* expresamente del texto refundido. En primer lugar, porque tales preceptos innovativos van contra lo que por definición es un texto refundido; en segundo lugar, porque con tal indebida inclusión se produce un auténtico atentado contra el principio de seguridad jurídica, pues viene a darse *apariencia de Ley* a lo que es simplemente precepto reglamentario.

C) *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

La doctrina del Tribunal Supremo ha evolucionado considerablemente en esta materia; pues de unos comienzos de gran timidez ha pasado a la aceptación plena del recurso contra Decretos legislativos.

En efecto, todavía una sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1959 enumeraba «las Leyes, de cualquier clase que sean, que no pueden ser objeto de impugnación ante los Tribunales». Y cita expresamente entre ellas las «Leyes dictadas en virtud de una delegación de las Cortes, conforme a la Ley de Régimen Jurídico». La referencia a la inimpugnabilidad de los Decretos legislativos se deducía, pues, con toda claridad.

Más grave fue el caso de la sentencia de 16 de diciembre de 1959 de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, que negó al Colegio de Abogados de Barcelona la posibilidad de impugnar una Orden ministerial de Hacienda por la que se regulaba el Impuesto sobre el Rendimiento del Trabajo Personal en régimen de evaluación global, por entender que se había dictado en virtud de la autorización contenida en la Ley de 26 de diciembre de 1957, por lo que «tiene idéntica fuerza de obligar y la misma jerarquía que le otorga la Ley que la autoriza». Esta increíble doctrina —que desde luego no tiene apoyo en la Ley de Régimen Jurídico, que consagra la institución del Decreto legislativo, pero no de la *Orden ministerial con fuerza de Ley*— es calificada de «sumamente peligrosa» por comentaristas tan poco sospechosos como TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA (11).

El giro hacia posturas más generosas se observa ya en la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1962, que rechazó la posibilidad de introducir preceptos innovativos en un texto refundido (si bien el rango de dicho texto era simplemente una Orden ministerial). Ahora bien, la jurisprudencia más reciente es mucho más progresiva. Así, la sentencia de la Sala 3.^a, de 23 de mayo de 1969, rechaza la inadmisibilidad propuesta por el Abogado del Estado y afirma que:

«... ha de estimarse que entra dentro de la función revisora atribuida por la Ley a los Tribunales de la jurisdicción examinar si la Administración al elaborar el texto refundido procedió con arreglo a Derecho o incidió en las *infracciones de procedimiento* que se formulan en la demanda..., y si la refundición se halla ajustada al mandato legislativo conferido al Gobierno por la disposición final 1.^a de la Ley de 29 de abril de 1964 sobre Reordenación de las Enseñanzas Técnicas, ya que con ello no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración, por todo lo cual ha de desestimarse esta primera causa de inadmisión del recurso».

El interés de la sentencia que acaba de citarse es extraordinario. En primer lugar, porque el objeto del recurso contencioso-administrativo era

(11) *Comentarios...*, cit., t. I, pág. 153.

en este caso un Decreto legislativo (el Decreto 636/68, de 21 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Reordenación de las Enseñanzas Técnicas); en segundo lugar, porque la sentencia fija exactamente los dos posibles motivos de impugnación que pueden fundamentar el recurso en estos casos, a saber: 1) infracciones de procedimiento, y 2) si la refundición se ha ajustado al mandato legislativo conferido al Gobierno.

IV

LOS DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA FISCAL.

A) *El artículo 11, 2, de la Ley General Tributaria y su interpretación jurisprudencial.*

La Ley General Tributaria es, en cuanto a la materia que nos ocupa, aparentemente más progresiva que el resto de nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo. Ya se ha visto el importante principio de degradación normativa que se consagra en el artículo 11, 3, de dicha Ley.

Ahora bien, un examen más detenido de la Ley puede hacernos sospechar que su generosidad quizás sea sólo aparente. Pues, por una parte, en efecto, legaliza la práctica de las delegaciones o autorizaciones legislativas en una materia que, en principio, está reservada a las Cortes, de acuerdo con lo establecido en nuestras Leyes Fundamentales (art. 10 de la Ley de Cortes y art. 9.º del Fuero de los Españoles), aun cuando sea verdad que el artículo 11, 1, de la Ley General Tributaria concreta los términos en que la delegación debe hacerse; por otra parte, y esto es más grave, está la desafortunada redacción del artículo 11, 2, de la Ley que ha producido el paradójico resultado de que el Tribunal Supremo se niegue a fiscalizar los Decretos legislativos en materia fiscal; precisamente ahora cuando, como se ha visto, la jurisprudencia se ha decidido a admitir la impugnabilidad de los otros Decretos legislativos.

En efecto, dice así el citado precepto:

«Artículo 11, 2.—El uso de las autorizaciones o delegaciones se ajustará a los preceptos de la Ley que las concedió o confirmó. Habrá de darse cuenta a las Cortes de las disposiciones que a su amparo se dicten».

A la vista del anterior precepto la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de junio de 1967, se ha declarado incompetente para examinar recurso interpuesto contra el Decreto por el que se aprueba el texto refundido de la Contribución Territorial Urbana, dictado como consecuencia de la autorización concedida en la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964.

La doctrina de la sentencia es la siguiente:

«... que esta función previa, determinadora del escrupuloso cumplimiento por parte del Poder ejecutivo de la misión conferida al legislativo, no puede realizarse más que por el propio Organismo delegante, y así lo confirma el párrafo 2.º del artículo 11 de la Ley General Tributaria, ya citado antes, cuando recaba el conocimiento que ha de dársele (*a las Cortes*) de tales disposiciones, constituyendo esto precisamente un presupuesto previo de procedibilidad para abrir esta vía jurisdiccional a la que, de otro modo, no puede tener acceso la impugnación que se pretende en estos supuestos, porque de ser estos Tribunales los encargados de resolver sobre la fidelidad de esta legislación delegada a las normas delegantes se asumirían unas funciones legislativas que excederían de las típicamente jurisdiccionales que a todos los Tribunales de justicia les corresponden orgánicamente; por ello, únicamente ante el conocimiento previo que las Cortes puedan tener de tal requisito y *del juicio ponderativo que emitan*, podría esta jurisdicción pronunciarse sobre la estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo que se formulase contra una disposición de rango legal previamente degradada por el órgano legislativo de su consideración de Ley formal».

B) *Crítica de la doctrina del Tribunal Supremo.*

Desde luego, la interpretación que del artículo 11, 2, de la Ley General Tributaria se contiene en la sentencia que parcialmente se ha ranscrito, resulta, a nuestro juicio, inaceptable.

Por de pronto, hay que advertir que la expresión «dar cuenta a las Cortes» no postula necesariamente una actividad fiscalizadora. Por el contrario, una interpretación análoga nos conduce más bien a la solución contraria: es el caso de los Decretos-Leyes, de los que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Cortes, hay que dar cuenta a este alto Organismo legislativo. Las Cortes se dan por enteradas y no fiscalizan nada.

Añadamos que una interpretación lógica del artículo 11, 2, de la Ley General Tributaria tampoco conduce a los resultados queridos por el Tribunal Supremo. Todo Decreto legislativo comporta, no sólo una habilitación al Gobierno, sino también —y este aspecto no debe olvidarse— un mandato al Ejecutivo para que redacte y promulgue el texto articulado o el texto refundido en cuestión. Pues bien, desde esta perspectiva cobra todo su sentido la expresión «dar cuenta a las Cortes»; pues justamente se da cuenta del mandato cumplido, sin que haya por qué entrar en el examen del contenido del texto publicado, entre otras, por la elemental razón de que para eso está la jurisdicción contencioso-administrativa (12).

(12) Sería inaceptable afirmar que precisamente la fiscalización contencioso-administrativa ha venido a ser sustituida por la fiscalización de las Cortes y que incluso esta última puede ser más efectiva dada la categoría del Organismo fiscalizante. Frente a un intento de justificación, debe de afirmarse la insustituible superioridad del recurso

Adviértase, además, que las Cortes no quedan vinculadas por la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en una sentencia —dicho sea de paso— que prejuzga competencias de las Cortes españolas sin citar, para bien ni para mal, un solo artículo de su Ley constitutiva ni de su Reglamento. Así es que si las Cortes españolas no participan de la tesis que se discute, quiérese decir que la indefensión frente a los Decretos legislativos «ilegales» se habrá consumado.

Ahora bien, con independencia de la no vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal Supremo con respecto a las Cortes, hay que admitir que el Organismo legislativo puede utilizar, para fiscalizar Decretos legislativos (fiscales o no fiscales) los poderes de oficio que se deducen del artículo 12 de su Ley Constitutiva y artículo 50 de su Reglamento.

En efecto, como es sabido, el artículo 12 de la Ley de las Cortes constituye una Comisión sobre competencia legislativa que dictamina tanto en defensa de la competencia de las Cortes (determinando qué disposiciones deben revestir forma de Ley), como en defensa de la competencia del Gobierno (determinando que una cuestión no es competencia de las Cortes) (13).

Desarrollando este precepto, el artículo 50 del Reglamento (según la modificación acordada en 22 de julio de 1967) va mucho más allá todavía al atribuir a las Cortes auténticas facultades fiscalizadoras en relación con las disposiciones ya promulgadas por el Gobierno y que, a juicio de la Comisión del artículo 12, se consideren de competencia de las Cortes (es decir, reservadas a la Ley).

Debe de advertirse que, en todo caso, la Comisión del artículo 12, sobre competencia legislativa, tendría que limitar su dictamen a estudiar en qué medida los textos refundidos (en el supuesto a que se refiere la comentada sentencia del Tribunal Supremo) se adecúan o no a la autorización conferida, pero sólo en aquellas materias amparadas

contencioso-administrativo. En primer lugar, porque en aquellos casos en que se vulneran derechos individuales, nadie estará mejor calificado que el particular o la entidad afectada para promover el correspondiente recurso, supuesto que se den los requisitos generales de legitimación. En segundo lugar, porque la única forma de conocer posibles ilegalidades de un Texto refundido o articulado, consiste en abrir *debate contradictorio* sobre ellas. La forma de proceso es en este sentido prácticamente insustituible.

(13) El referido artículo 12 dice lo siguiente: "I. Son de la competencia de las Comisiones de las Cortes todas las disposiciones que no estén comprendidas en el artículo 10, y que deban revestir forma de Ley, bien porque así se establezca en alguna posterior a la presente, o bien porque se dictamine en dicho sentido por una Comisión compuesta por el Presidente de las Cortes, un Ministro designado por el Gobierno, un Consejero perteneciente a la Comisión Permanente del Consejo Nacional, un Procurador en Cortes con título de Letrado, el Presidente del Consejo de Estado y el del Tribunal Supremo de Justicia. Esta Comisión emitirá dictamen a requerimiento del Gobierno o de la Comisión Permanente de las Cortes". "II. Si alguna Comisión de las Cortes plantease, con ocasión del estudio de un proyecto, proposición de Ley o moción independiente, alguna cuestión que no fuere de la competencia de las Cortes, el Presidente de éstas, por propia iniciativa o a petición del Gobierno, podrá requerir el dictamen de la Comisión a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el dictamen estimara no ser la cuestión de la competencia de las Cortes, el asunto será retirado del orden del día de la Comisión".

por el principio de reserva de la Ley. En cambio, la Comisión se abstendrá de prejuzgar —pues ésta no parece ser materia de su competencia— los posibles excesos de los textos refundidos en aquellas materias no amparadas expresamente por el principio de reserva de Ley (aunque puedan estar en colisión con Leyes anteriores), respetando así la facultad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La distinción que se acaba de hacer se basa en la apreciación de que hay dos tipos de limitaciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria: 1) las materias amparadas por el principio de reserva de la Ley, y 2) aquellas materias que —con independencia de dicho principio— están de hecho reguladas en Leyes anteriores. La primera limitación puede fiscalizarse por la Comisión de competencia legislativa de la Cortes españolas; pero la segunda será siempre de la competencia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa (14).

V

EL PROBLEMA DE SI ES POSIBLE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA CONFERIDA POR DECRETO-LEY.

A) *Examen de algunos casos planteados.*

Ya se ha visto con anterioridad que todo Decreto legislativo arranca su fuerza de Ley de la existencia de una Ley anterior habilitante. El problema que nos planteamos ahora es el siguiente: ¿Puede conferirse esta habilitación mediante Decreto-Ley?

Adelantemos que el problema no tiene nada de teórico; antes bien, responde a un uso frecuente de nuestra Administración (15). Quizá el

(14) En este sentido se ha pronunciado la propia Comisión de Competencia legislativa de las Cortes en el único caso que, hasta ahora, ha dictaminado. El Dictamen (de fecha 24 de julio de 1969; publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes", núm. 1.074, de 19 de noviembre de 1969) se refiere a los textos refundidos relativos a distintas contribuciones e impuestos, aprobados por los Decretos legislativos números 1.251/1966, 2.230/1966, 3.059/1966, 3.180/1966, 3.313/1966, 3.314/1966, 511/1967, 512/1967, 1.018/1967, 3.357/1967, 3.358/1967 y 3.359/1967, que han sido remitidos por el Gobierno a efectos de lo dispuesto en el artículo 11,2 de la Ley General Tributaria. En la conclusión 2.ª del Dictamen se dice: "La Comisión se abstiene, por tanto, deliberadamente, de prejuzgar, por no ser de su competencia, los posibles excesos de los textos refundidos respecto a la autorización legislativa que desarrollan, en aquellas materias no comprendidas en la aludida *reserva de Ley*, respetando así la facultad revisora de la Jurisdicción contencioso-administrativa". Esto no deja de ser una seria corrección de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de junio de 1967 (comentada en el texto), tenida en cuenta por la Comisión de las Cortes al emitir su Dictamen.

(15) Otra curiosa práctica usual consiste en la utilización del Decreto-Ley para prorrogar los plazos establecidos en Leyes de las Cortes para que el Gobierno dicte Textos articulados o refundidos, o simplemente reglamentos ejecutivos. No es necesaria una meditación demasiado intensa sobre este tema para comprender lo difícil que resulta encontrar una explicación satisfactoria. Si el plazo se ha agotado—o está a punto de agotarse—, lo lógico es pedir a las Cortes una prórroga del mismo.

ejemplo más reciente y significativo esté constituido por el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 sobre medidas complementarias como consecuencia de la nueva paridad de la peseta. Dicho Decreto-Ley autorizó al Gobierno a dictar reglamentaciones alterando preceptos establecidos en Leyes formales (es decir, a dictar Decretos legislativos). Y en uso de tal autorización el Gobierno dictó, entre otros, los siguientes: Decreto 565/1968, de 23 de marzo, sobre revisión de exenciones en el Impuesto sobre el lujo; Decretos 1.049/1968, 1.050/1968 y 1.051/1968, todos ellos de 27 de mayo, sobre revisión y supresión de otras bonificaciones fiscales (contribuciones rústica, urbana, industrial, rentas de capital, sociedades, tráfico de empresas y transmisiones patrimoniales).

Se trata, pues, de Decretos legislativos que toman su fuerza de tales de un anterior Decreto-Ley. ¿Es esto posible?

B) *Argumentos en favor y en contra de la tesis.*

En un intento de buscar justificación jurídica a la forma de proceder que queda expuesta podrían recordarse argumentos como los siguientes:

En primer lugar, que el Decreto-Ley produce, por definición, los mismos efectos que la Ley, ya que tiene su mismo rango formal. Así es que, si la Ley es título habilitante para el Decreto legislativo, también debe serlo el Decreto-Ley.

En segundo lugar, podría intentarse una justificación de mayor alcance: el Decreto-Ley es, en definitiva, un acto del Jefe del Estado, cuyos poderes legislativos están plenamente consagrados por la disposición transitoria 1.ª, II, de la Ley Orgánica del Estado, según la cual —como antes se vio— las atribuciones concedidas al Jefe del Estado por las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939 subsistirán hasta que se cumplan las previsiones sucesorias.

Hemos de confesar que, a nuestro juicio, ninguno de los argumentos citados es convincente. Ya de entrada, el sólo planteamiento de la cuestión nos parece absurdo; pues si se piensa en quién es el autor del Decreto-Ley (el Jefe del Estado a propuesta del Gobierno) y del Decreto legislativo (el Jefe del Estado a propuesta del Gobierno) se está apuntando a la imposible figura de la auto-autorización, que ni la conoce el derecho comparado ni sería un timbre de gloria el que fuese alumbrada por el nuestro.

Además, está el tema de la urgencia. Ya se ha visto que, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Cortes, la urgencia se constituye en causa justificante del Decreto-Ley; pues bien, desde el momento en que la adopción de la medida se difiere a un ulterior Decreto legislativo, es que la urgencia no existe. Obsérvese que los Decretos dictados en virtud de la autorización contenida en el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 —por seguir con el ejemplo anterior— se publicaron tres o cuatro meses después; es decir, con tiempo suficiente para que los correspondientes proyectos de Ley se hubiesen tramitado en las Cortes. Dicho de otra forma: el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 hu-

biese podido prescribir las medidas que se remitieron a los ulteriores Decretos legislativos, pero lo que resulta cuestionable es cabalmente la autorización que en él se contenía.

Empero, los argumentos definitivos se desprenden precisamente de la lectura de nuestro Ordenamiento positivo. Como ya se vio en su momento, el artículo 10, 4, de la Ley de Régimen Jurídico, exige para el Decreto legislativo expresa delegación por *Ley votada en Cortes*, y, por su parte, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado habla de «*autorizaciones expresas de las Cortes*». Esta referencia específica a la intervención de las Cortes descarta, sin necesidad de argumentos adicionales, la posibilidad de autorización por Decreto-Ley que, cualquiera sea su fuerza de obligar, es evidente que no emana de las Cortes.

En fin, el argumento contrario que se trata de extraer de la disposición transitoria 1.^a, II, de la Ley Orgánica del Estado, ha de considerarse como totalmente insostenible. La facultad legislativa en manos del Jefe del Estado, cuya subsistencia se proclama en dicha disposición, tiene carácter extraordinario y, sobre todo, *transitorio* y referido al *actual* Jefe del Estado. Y hay que añadir que el uso de tal prerrogativa se ha realizado en muy contadas ocasiones.

El Decreto-Ley, por el contrario, es un mecanismo establecido con carácter *permanente* que podrá utilizar en el futuro cualquier Jefe del Estado (es decir, cumplidas las previsiones sucesorias a propuesta de su Gobierno). La confusión conceptual entre ambas figuras, por consiguiente, es inadmisibile.

Añadamos, todavía, que por Decreto-Ley se puede efectivamente legislar sobre materias amparadas por el principio de reserva de Ley; pero lo que no puede un Decreto-Ley es alterar la distribución de funciones establecidas en nuestras Leyes fundamentales (como sería la consecuencia en nuestro caso). Esto no puede hacerlo ni el Decreto-Ley ni la Ley (ordinaria) aprobada por las Cortes.

Hemos de lamentar que sobre esta materia no se haya pronunciado hasta ahora nuestro Tribunal Supremo, a pesar de que se le haya dado ocasión para ello. En efecto, el tema le ha sido expresamente planteado, cuando menos, con motivo de la impugnación por un Sindicato Nacional del Decreto de 23 de marzo de 1968 sobre revisión de exenciones del impuesto de lujo. El tema era difícil y la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1969 lo ha esquivado declarando la «falta de legitimación del Sindicato» para recurrir (16).

C) *La intervención del Consejo de Estado en tales casos.*

Supuesto que se admitiese, a efectos dialécticos, la posibilidad de delegar mediante Decreto-Ley la facultad de dictar Decretos legislativos,

(16) No es ésta la ocasión para discutir tal doctrina; quede apuntada aquí nuestra total disconformidad, ya que conduce al absurdo de que un Sindicato Nacional no pueda defender los intereses de las Agrupaciones Sindicales que lo integran, lo cual tampoco pueden hacer por sí tales Agrupaciones por carecer de personalidad jurídica.

cabe aún hacerse la siguiente pregunta: ¿Sería necesario en tal caso el dictamen previo del Consejo de Estado?

Advirtamos también aquí que no se trata de un tema especulativo: en ninguno de los Decretos dictados en ejecución del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967 se oyó previamente dictamen del Consejo de Estado (17).

Si la contestación se basa en el artículo 10, 4, de la Ley de Régimen Jurídico, la respuesta no puede ser dudosa, pues allí se exige la intervención del Consejo de Estado. Se podría decir que también se exige la intervención de las Cortes; pero sería un curioso procedimiento de razonar el mantener que porque no se cumple con un requisito establecido en la Ley, tampoco se debe cumplir con otro. Hay, además, un argumento obvio: rebasaría los límites de lo razonable el que cuando la delegación se la auto-confiere el Gobierno..., no haya que oír al Consejo de Estado. Esto significaría tanto como afirmar, no sólo que la *autodelegación* deja de ser una figura vergonzante, sino que su virtualidad es superior a la de la delegación auténtica.

He aquí, pues, un tema más a fiscalizar por la jurisdicción contencioso-administrativa y una vez más hemos de lamentar el que nuestro Tribunal Supremo haya desaprovechado las escasas ocasiones que se le han brindado para establecer sobre esto una enérgica jurisprudencia que, hoy por hoy, echamos en falta.

FERNANDO GARRIDO FALLA.

(17) Según parece, incluso hubo una moción de la Comisión Permanente del Consejo de Estado recordando al Gobierno la necesidad de la previa audiencia de dicho Alto Cuerpo consultivo, con motivo de tales decretos.