

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y NORMATIVA SOBRE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA EN BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y OTRAS ENTIDADES

POR

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE SINOPSIS DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA EN BANCOS Y CAJAS DE AHORRO Y OTRAS ENTIDADES: DEL DECRETO DE 4 DE MAYO DE 1946 AL REAL DECRETO 2113/1977, DE 23 DE JULIO: 1. *Características generales de esa normativa.* 2. *Los principales problemas jurídicos que ha suscitado desde el punto de vista de su legalidad:* a) La ausencia de Ley previa habilitante para imponer reglamentariamente esas medidas de seguridad y vigilancia de obligado acatamiento por los afectados; b) El problema de la potestad sancionatoria de la Administración prevista a partir del Decreto 554/1974.—III. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL ANTE LOS PROBLEMAS ENUNCIADOS: 1. *La tesis de la cláusula de «orden público» o del «poder de policía general» de la Administración como justificante y legitimadora de la normativa en materia de seguridad y vigilancia establecida reglamentariamente.* 2. *El criterio de la «relación de supremacía especial» como habilitante de una potestad reglamentaria independiente que ampararía la legalidad de las medidas de seguridad y vigilancia exigidas. Crítica del mismo: unas precisiones sobre el alcance y operatividad del principio de legalidad tras la Constitución de 1978.* 3. *Examen y crítica de las diversas posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo en torno al problema de la potestad sancionatoria de la Administración en relación al incumplimiento de las medidas de vigilancia y seguridad exigidas. Estado actual de la cuestión.*

I

Al tiempo de elaborarse por las Cortes Constituyentes lo que finalmente se convertiría en la Constitución española de 1978, una de las piezas maestras, y quizá de las más decisivas de todo Estado de Derecho, me refiero al principio de legalidad, bien puede decirse que contaba con el respaldo de una notable elaboración dogmática que con no poco mérito y esfuerzo la doctrina española había ido construyendo en el período inmediatamente anterior bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales. Mérito y esfuerzo de la doctrina española que, sin embargo, no llegaría a tener un reflejo pleno —al menos en todo lo que hubiera sido de desear, desde una estricta perspectiva técnica— en el texto final de la Constitución. Cierto es que la doctrina no estuvo totalmente ausente del debate constitucional y, gracias en buena parte

a sus llamadas críticas respecto de ciertas previsiones iniciales —como, por ejemplo, la tan conocida relativa a la configuración de una reserva reglamentaria—, se evitó lo que hubiera podido ser a la postre una regulación manifiestamente regresiva en el contexto del Derecho comparado más próximo a nosotros, a excepción si acaso del ordenamiento constitucional francés del que, como es bien sabido, precisamente se pretendía copiar en el extremo señalado (1).

Sin embargo, junto a esta importante labor que la doctrina supo desarrollar en momentos críticos, y que afortunadamente se tuvo en cuenta por los parlamentarios, no menos cierto es que no todas sus aportaciones en el estudio y configuración del principio de legalidad —sobre todo en la vertiente que enmarca la relación Ley-Reglamento— corrieron idéntica suerte. Y es así como no debe extrañar que al poco de publicarse la Constitución no faltaran opiniones desde diversos frentes doctrinales señalando la deficiente regulación constitucional de la potestad reglamentaria de la Administración, problema que tronca directamente con el propio juego y operatividad del principio de legalidad (2).

(1) Como se recordará, ya bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales, un sector de la doctrina (GALLEGO ANABITARTE, CLAVERO ARÉVALO...) entendió que de los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942, la Ley quedaba reducida a las materias explícitamente señaladas en dichos preceptos, con lo cual se admitía una reserva reglamentaria en las restantes materias. Dicha tesis fue objeto de diversas críticas ampliamente fundadas (por todos, puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1974, pp. 154 y ss.), no obstante lo cual, en el Anteproyecto de Constitución (art. 72), se previó expresamente una reserva reglamentaria al estio de la establecida en la Constitución francesa de 1958. Las reacciones doctrinales en contra de semejante previsión no se hicieron esperar (CARRO, GARCÍA DE ENTERRÍA, SALAS HERNÁNDEZ...), lográndose, finalmente, su supresión, lo cual no dejó de tener una favorable acogida en términos generales. Sólo me consta, en este sentido, la postura crítica a la eliminación del artículo 72 del Anteproyecto constitucional —sin justificación alguna— de Díez MORENO: *La reserva reglamentaria y la Constitución española*, en el vol. colectivo, *La Constitución y las Fuentes del Derecho*, tomo I, IEF, Madrid, 1979, pp. 621 y ss., posición aislada y ciertamente minoritaria en la doctrina española.

(2) «Son muchos los problemas a tratar y abundantes las cuestiones que una deliberada insuficiencia de regulación ha dejado en el aire», afirmaría BERMEJO VERA: *Las fuentes del Derecho en la Constitución Española de 1978*, en el vol. colectivo, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, ed. Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 240.

Por su parte, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR en su trabajo conjunto con GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en el núm. 87 de esta Revista (1978), pp. 161 y ss., comienza por afirmar que «en la nueva Constitución española no se encuentra una regulación material minuciosa de la potestad reglamentaria y su artículo 97 se limita a declarar que el Gobierno ha de ejercerla "de acuerdo con la Constitución y las leyes"». Una declaración tan general —añade el autor— obligará sin duda a los Tribunales y a la doctrina que en el futuro se ocupe de este tema capital a realizar una profunda

La verdad es que la crítica —no excesiva, por otro lado— parece no exenta de fundamento y de apoyos, lo cual, no obstante, no supone desconocer que, llegados a cierto nivel y exigencia de precisión —que es en el fondo lo que parece traslucirse en esas opiniones críticas a la regulación constitucional—, en la propia doctrina no se encontraba, ni en la actualidad —según creo— se encuentra, la suficiente claridad como para que la Constitución hubiera podido dejar perfectamente aquilatados todos los conceptos y cuestiones verdaderamente problemáticas que tras los mismos se esconden.

Concretamente, uno de los aspectos o vertientes del principio de legalidad que, según lo dicho, más ambigüedades puede presentar es precisamente el relativo al ámbito de la potestad reglamentaria de Administración pública. Surge aquí, con fuerza, una vez más, la debatida cuestión del Reglamento independiente, y, en relación al mismo, el alcance de la reserva material y formal de Ley y la operatividad de los tradicionales ámbitos calificados como «materias administrativas», entre los que suele ser habitual incluir todo lo organizativo y las llamadas «relaciones especiales de sujeción» o también «relaciones de supremacía especial». En este sentido, la Constitución no ha logrado despejar de manera rotunda las dudas y discrepancias que en torno a esta decisiva cuestión pueden plantearse, si bien ello no sea demérito imputable en exclusiva a ella —si es que de demérito cabe hablar—, en cuanto que tampoco la doctrina —reitero nuevamente—, a pesar de la notable aportación realizada, había llegado en aquel momento a iluminar perfectamente estos aspectos finales más problemáticos de la relación Ley-Reglamento.

No se trata, por tanto, de una temática totalmente cerrada y plenamente consolidada, ni antes ni después de la Constitución, que, antes bien, en mi criterio, va a exigir pormenorizados análisis e interpretaciones del texto constitucional a fin de resolver definitivamente las dudas y zonas de penumbra que esa explicable ambigüedad de la Constitución ha dejado pendientes. Buena prueba, quizá de lo que se está señalando, puede ser el no infrecuente uso que de esa categoría del Reglamento independiente viene haciéndose ante, y por, los Tribu-

labor de interpretación para determinar el sentido y el alcance de la potestad normativa de la Administración»; en fin, BASSOLS COMA: *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en el vol. colectivo, *La Constitución...*, op. cit., pp. 320, no deja de hablar de regulación constitucional «extraordinariamente parca» en lo relativo a la potestad reglamentaria, etc.

nales contencioso-administrativos (3), como resultado de una realidad inocultable en la que no siempre parece encontrarse esa previa e ineludible cobertura legal habilitante de lo que no es sino mera normación reglamentaria.

(3) Véase, así, entre los ejemplos más recientes que pueden citarse, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1982 (Ar. 3621) en la que la Asociación Nacional de Fabricantes y Expendedores de Pan recurre contra el Real Decreto 1832/1980, de 31 de julio, por el que se establecen normas para la fijación de nuevos precios del pan, alegando, básicamente, que a dicha norma reglamentaria le falta la correspondiente norma legal habilitante, no obstante versar sobre materias reservadas a preceptos de rango legal (recurso que será desestimado por el Tribunal Supremo, por entender que el Real Decreto impugnado no afecta a esas materias reservadas a la Ley, confirmando, indirectamente, pues, su carácter de Reglamento independiente); igualmente es de interés la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1982 (Ar. 3635), en la que también el Alto Tribunal desestima el recurso interpuesto por una sociedad anónima contra la Orden de 23 de mayo de 1979, del Ministerio de Hacienda, reguladora de la utilización de medios de pagos distintos al dinero efectivo en los suministros al público en las estaciones de servicio de concesionarios de CAMPSA, alegando, en este caso, la incompetencia del Ministerio de Hacienda para ejercer la potestad reglamentaria por atribuirle el artículo 97.1.º de la Constitución al Gobierno, así como invadir una materia reservada a la Ley sin la previa cobertura de ésta.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1980 (Ar. 4597), una vez más va a cuestionarse la figura del Reglamento independiente, afirmando expresamente en este caso el Tribunal que el Decreto 1100/1978, de 12 de mayo, regulando la Publicidad del Tabaco y Bebidas alcohólicas en los medios de difusión del Estado, es,

«... un Reglamento de los llamados "independientes", o sea de los dictados por la Administración en ejercicio de la genérica potestad reglamentaria, que, aunque sujetos, como es obligado, a las leyes formales, no se dictan, sin embargo, para ejecutar o desarrollar una concreta Ley, o alguno de sus preceptos, sino más bien en ejercicio de potestades propias de la Administración, como ha apuntado la Sentencia de 17 de noviembre de 1975; es más, aunque se tratara de un Reglamento de los calificados de "ejecutivos", ello no quiere decir que tenga que limitarse a reproducir el texto de la Ley, pudiendo aportar elementos normativos nuevos —Sentencia de 15 de diciembre de 1972—, con la natural limitación de no poder contener preceptos "contra legem" —Sentencia de 13 de diciembre de 1977—».

Doctrina ésta que admite sin dificultad la categoría del Reglamento independiente, que vuelve a reiterarse, incluso con mayor contundencia, en la Sentencia de 10 de marzo de 1982 (Ar. 1245), a propósito, en esta ocasión, del recurso interpuesto por la Diputación Foral de Guipúzcoa contra el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, sobre órganos de gobierno y funciones de las Cajas de Ahorro. Frente a una de las alegaciones de la recurrente —promulgación del Decreto sin que desarrolle materias constitutivas de normas con rango de Ley—, el Tribunal Supremo entenderá que,

«... ese hecho, por sí mismo, no constituye defecto o vicio imputable a la disposición en cuanto, si bien la llamada potestad reglamentaria de la Administración Pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes conforme dispone el artículo 97 de la Constitución, y, según el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, está prohibi-

Es preciso ahondar, pues, en la relación Ley-Administración que, en síntesis, suele explicarse, en general, como una previa habilitación legal, y que determina —llevada a sus últimas consecuencias— que no quepa teóricamente potestad reglamentaria alguna independiente de la Ley —es decir, sin previa y puntual habilitación o apoderamiento legal. Si no hay Ley previa, no hay, por tanto, potestad administrativa, conclusión en la que se debe estar completamente de acuerdo, pero, también, conclusión que quizá no llega a solucionar definitivamente todos los interrogantes que de una u otra forma surgen. Porque, en efecto, cabe preguntarse, ¿siguen siendo tras la Constitución de 1978 efectivos los tradicionales ámbitos materiales excluidos de dicha exigencia (materias organizativas, relaciones especiales de sujeción, y, más recientemente, todo el fenómeno de la actividad prestacional de la Administración pública), y, en caso afirmativo, en base a qué razón y fundamento de derecho positivo? Pero, junto a esto, ¿puede la Administración, asimismo, «autohabilitarse» potestades mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que, genéricamente, obsérvese bien, le reconoce y atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución, siempre que las mismas no se proyecten en ámbitos material o formalmente reservados a la Ley? Y si es así, ¿no quedará entonces el problema desplazado a un examen pormenorizado del ámbito y amplitud que alcanza la reserva de Ley, teniendo bien en cuenta que en los ámbitos materiales residuales el Reglamento podrá incidir, en principio, sin necesidad del previo y específico apoderamiento de una ley concreta en cuanto que esa cobertura la ofrece la propia Constitución en el señalado artículo 97? ¿No es posible, en fin, admitir el Reglamento independiente sin necesidad de vincularlo apriorísticamente al ámbito de las «materias administrativas», tal como viene sucediendo (y

do dictar disposiciones administrativas contrarias a las mismas, la Administración puede ejercer dicha potestad, no sólo en desarrollo de leyes o principios legislativos, sino cuando no existe norma de rango superior sobre la materia, porque no es posible infringir una Ley inexistente y, cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales, ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa por tanto legítimamente.»

Al margen de la valoración que estos ejemplos jurisprudenciales puedan merecer, aspecto sobre el que parece preferible no entrar ahora, lo que es cuestionable es que el concepto de Reglamento independiente, por mucho que se afirme que no tiene cabida en el ordenamiento jurídico español, está presente, y con creciente frecuencia, en los recursos y sentencias judiciales. Y éste es un dato que obliga a afrontar decididamente la cuestión, sin adoptar de entrada posiciones de rechazo al mismo.

que a desviaciones tan llamativas como la que más adelante se comentará a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1982 puede dar lugar), y sin que por ello se esté poco menos que «regresando» al viejo y superado definitivamente planteamiento de las monarquías constitucionales de los poderes implícitos de la Administración y del juego puramente negativo del principio de legalidad, dado que —y este es un dato decisivo— es ahora la propia Constitución la que reconoce a la Administración una genérica potestad normativa?, etc.

Como fácilmente se observará, se trata de una cuestión que en modo alguno puede calificarse de especulativa; todo lo contrario, si se repara en la incidencia práctica de primer orden que presenta. Y si hubiere alguna duda al respecto, compruébese a través de ejemplos concretos que no faltan precisamente en el ordenamiento español. Justamente, uno de ellos, paradigmático incluso, es el relativo a la regulación de las medidas de seguridad y vigilancia en Entidades bancarias, Cajas de Ahorro y otras Entidades que paso ya directamente a exponer y comentar.

II

En 1946, por Decreto de 4 de mayo, y Orden de 17 de julio del mismo año, dictando normas para su ejecución, se establecería con carácter obligatorio un Servicio de «Vigilantes Jurados» en las Entidades bancarias, que, años más tarde, sería tomado como modelo por el Decreto 289/1969, de 13 de febrero, recogiendo idéntica exigencia —y en los mismos términos— para las Cajas de Ahorro, Montes de Piedad y Entidades de similar naturaleza. Concretamente, el artículo 1 del citado Decreto estableció:

«Se establece un Servicio de Vigilancia para las Cajas de Ahorro, Montes de Piedad y Entidades de similar naturaleza, en las propias condiciones, forma y términos del establecido para las Entidades bancarias en el Decreto de 4 de mayo de 1946 y en la Orden dictada para su ejecución de 17 de julio del mismo año.»

Por su parte, también fue tomado el Decreto de 1946 como punto de referencia para establecer un Servicio de Vigilancia, obligatorio

en unos casos, meramente facultativo en otros, en Establecimientos comerciales e industriales, y ello en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2488/1962, de 20 de septiembre, sobre el Servicio de Vigilantes Jurados de Industria y Comercio que sería puntualizado y complementado por Decreto 2336/1963, de 10 de agosto.

Un paso adelante se daría en 1974, con la aprobación del Decreto número 554, de 1 de marzo, sobre Medidas de Seguridad en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades de Crédito, y la Orden de 1 de abril del mismo año dictada en su ejecución; Decreto que derogaría a los dos anteriores de 1946 y 1969 y procedería, tal como se desprende ya de su propia rúbrica, a unificar formalmente la normativa —en todo idéntica, como se ha dicho— hasta entonces existente por separado para Bancos, por un lado, y Cajas de Ahorro, por otro. Sin embargo, tal como se señalará debidamente en el apartado siguiente, el Decreto de 1974 no solamente se limitó a unificar en un mismo texto la normativa en materia de seguridad exigible a dichas entidades, sino que introduciría nuevas medidas de seguridad y vigilancia —al margen de los «Vigilantes Jurados»— hasta entonces no previstas en los Decretos de 1946 y 1969 derogados.

Finalmente, el Decreto 554/1974 se ha visto sustituido por el Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio, sobre normas de Seguridad en Bancos, Cajas de Ahorro, Entidades de Crédito y Establecimientos comerciales e industriales, con lo que también quedan derogados los Decretos de 1962 y 1963. Desde el punto de vista de su contenido, el Real Decreto 2113/1977 apenas introduce cambios sustanciales respecto del Decreto 554/1974, manteniéndose en sustancia las mismas líneas directrices de la regulación. Por lo demás, el nuevo Real Decreto regulador ha sido complementado por el Decreto 629/1978, de 10 de marzo, sobre condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los Vigilantes de Seguridad y Orden de desarrollo de 27 de julio de 1978, y por otro Real Decreto 1084/1978, de 30 de marzo:

1. Pues bien, de la normativa que acaba de enumerarse sumariamente, es conveniente destacar, a los efectos de este comentario, las siguientes características:

Hasta 1974, tanto el Decreto de 4 de mayo de 1946 y la Orden de 17 de julio del mismo año como el Decreto de 13 de febrero de 1969 y la Orden de 30 de abril, previeron como única medida de vigilancia y seguridad, básica y fundamental, la existencia de «Vigilantes Jura-

dos» en las dependencias y establecimientos de Entidades bancarias y Cajas de Ahorro. Así, el artículo 1 del Decreto de 4 de mayo de 1946 disponía que:

«Los Directores o propietarios de las Entidades bancarias de todo el territorio nacional vendrán obligados a establecer un servicio de vigilancia en sus establecimientos, mediante el personal que estimen necesario, haciendo las correspondientes propuestas a la Dirección General de Seguridad.»

Este servicio de vigilancia, según el artículo 2 del mismo Decreto, estaría a cargo de los denominados «Vigilantes Jurados de Entidades Bancarias» —con el carácter de Agentes de la Autoridad—, regulándose en los artículos 6.º a 13 las condiciones, requisitos y preferencias para el nombramiento de dichos «Vigilantes Jurados», que, en todo caso, correspondería al entonces Director General de Seguridad.

Se establecía, pues, como regla general, la obligatoriedad de que toda Entidad bancaria contara en sus establecimientos y dependencias con ese servicio de «Vigilantes Jurados», si bien la regla general enunciada admitía posibles excepciones, en cuanto que, tal como vino a disponer la Orden de 17 de julio de 1946 —y, más tarde, para las Cajas de Ahorro, la Orden de 30 de abril de 1969—, en su artículo 2.º:

«Si el Director de alguna sucursal considera que por la escasa importancia de la misma, poco volumen de operaciones o exigua cuantía de los valores en ella existentes era innecesario establecer el Servicio, hará la propuesta negativa, haciendo constar tal circunstancia de modo expreso.»

En todo caso, era la Dirección General de Seguridad quien finalmente debía resolver sobre tales propuestas negativas, actuando con una fuerte dosis de discrecionalidad que originaría, como se observará seguidamente, no pocos recursos contencioso-administrativos.

De la misma forma, este servicio de «Vigilantes Jurados» se extendió a determinados Establecimientos comerciales e industriales en virtud de los Decretos de 20 de septiembre de 1962 y 10 de agosto de 1963, si bien con la siguiente particularidad: la regla general no sería

ya la obligatoriedad para toda empresa y establecimiento comercial o industrial de implantar el servicio referido, sino que el Decreto de 1962 se limitaría a habilitar a esas empresas y establecimientos para que, de la Dirección General de Seguridad, pudieran solicitar la implantación del mismo, tratándose, en suma, de una medida meramente facultativa que, no obstante —y he aquí la excepción—, podría devenir obligatoria cuando así lo decidiera el Ministerio de la Gobernación para concretas y determinadas empresas. En este sentido, el artículo 2 del Decreto de 20 de septiembre de 1962 establecía:

«Las empresas y establecimientos industriales o comerciales de todo el país *podrán solicitar* el establecimiento de dicho servicio de vigilancia, si bien el Ministerio de la Gobernación determinará aquellas entidades que por su destacada importancia, por la naturaleza de sus servicios, el lugar de sus instalaciones, la concentración de clientela o por cualquier otra causa análoga *deban establecer necesariamente* el servicio de vigilancia aludido.»

También la decisión administrativa, en este caso, presentó normalmente un marcado carácter discrecional, respecto del cual la posición jurisprudencial no siempre ha sido todo lo acertada que hubiera sido de desear.

El servicio de «Vigilantes Jurados», obligatorio en Bancos y Cajas de Ahorro, persistirá tras el Decreto 554/1974, de 1 de marzo, previniéndose, además, otras medidas de seguridad hasta ese momento inexistente, tales como medidas de alarma (arts. 11 y 12), medidas a adoptar en el transporte de fondos (arts. 13 y 14), medidas de detección y protección (arts. 15 y 20), etc. Importa destacar, de todas formas, que, también por vez primera, se establecerán una serie de medidas de control administrativo y se «tipificará» como sancionable el incumplimiento por las entidades obligadas de las medidas de seguridad que, de acuerdo con el Decreto 554/1974, debían observar. Así, el artículo 22 precisaría:

«El incumplimiento en cada Sucursal o Agencia de lo dispuesto en el presente Decreto podrá tener la consideración de desobediencia a las decisiones dictadas

por la Autoridad para garantizar la seguridad y el orden público, y será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Orden Público 45/1959, de 30 de julio, reformada por Ley 36/1971, de 21 de julio.»

Por último, como ya se ha anticipado más atrás, el Decreto 554/1974, y la Orden de desarrollo de 1 de abril del mismo año, han sido sustituidas por el Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio, aplicable ya no sólo a Bancos y Cajas de Ahorro, sino también a los Establecimientos comerciales e industriales que así decida la Administración singularizadamente, observándose, en líneas generales, idénticas exigencias a las ya previstas en la normativa que ha venido a sustituir. Las medidas de seguridad y vigilancia siguen siendo, sustancialmente, las mismas, y en lo relativo a la potestad sancionatoria de la Administración para los casos de incumplimiento, el artículo 19, en fórmula aparentemente más sintética, establece que,

«Las infracciones a las normas de este Decreto podrán ser sancionadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Orden Público.»

Referencia ésta, no obstante, que se vería reiterada por el artículo 17 del Real Decreto 1084/1978, de 30 de marzo, complementario del Real Decreto 2113/1977, en los términos que siguen:

«La inobservancia de las normas contenidas en el presente Decreto será sancionada, según la entidad de la infracción, por los Gobernadores civiles, Director General de Seguridad y Ministerio del Interior, en uso de las atribuciones que les están conferidas y en la cuantía prevista en las disposiciones de orden público y con su trámite.

Con independencia de las sanciones pecuniarias establecidas, en el incumplimiento por parte de las Entidades bancarias y de crédito de la instalación de las medidas de seguridad fijadas por la legislación vigente en los plazos establecidos en el artículo anterior, podrá

ser sancionado con el cierre del establecimiento y, en caso de reincidencia o negligencia grave, con su clausura.»

Hasta aquí, pues, las principales características de la normativa reguladora de las medidas de seguridad y vigilancia en las Entidades y Establecimientos indicados.

2. Todo el bloque normativo que arranca de 1946, y que en la actualidad se resume en las previsiones contenidas en el Real Decreto 2113/1977, ha planteado, y plantea, no pocas dudas acerca de su propia legalidad, de lo que, además de otras razones, buen índice puede ser el nada despreciable número de recursos contencioso-administrativos que con el tiempo han ido llegando al Tribunal Supremo. Al análisis y comentario de las más destacadas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en esta materia, entre las que sobresalen unas recientes sentencias de mayo de 1982, se dedicarán las páginas siguientes, si bien parece conveniente, a fin de enmarcar adecuadamente el mismo, anticipar ya el contenido y alcance de esas dudas que se suscitan a propósito de la legalidad de las citadas normas reglamentarias.

En dos grandes apartados puede resumirse, en mi opinión, la problemática que se ha dilucidado en esas sentencias y que, previsiblemente, seguirá desencadenándose en la medida en que no se proceda a una rectificación plena del rango normativo de las normas que han previsto y prevén actualmente las medidas de seguridad y vigilancia comentadas.

a) Aun bajo la vigencia de las derogadas Leyes Fundamentales del régimen anterior, no sin cierta apoyatura y fundamento normativo, bien pudo entenderse que todos los Decretos y Ordenes enumerados, al imponer obligatoriamente a las Entidades bancarias, Cajas de Ahorro e, incluso, determinados Establecimientos comerciales en sus instalaciones y dependencias un servicio de vigilancia por medio de los llamados «Vigilantes Jurados», estaban incidiendo en ámbitos materiales reservados a la Ley sin la concurrencia de la necesaria e imprescindible cobertura legal previa. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA resumió con detalle el problema al hilo del recurso que una Caja de Ahorros planteó contra el Decreto de 13 de febrero de 1969

y que concluyó con la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1974, a la que más adelante, entre otras, habré de referirme:

«El Decreto de 13 de febrero de 1969, que define por vez primera esa obligación de las empresas, sin contar con ningún respaldo legislativo, sería ilegal, y ello por varias razones: porque impone una carga patrimonial considerable a las entidades afectadas, y esto es materia reservada a la Ley por el artículo 9.º del Fuero de los Españoles; porque descarga sobre administrados concretos, discriminativamente designados, contra el principio de igualdad ante la Ley, el sostenimiento de una necesidad general, el cuidado del orden público, típica necesidad pública indivisible, que ha de sufragarse por la Administración...; porque supone una prestación forzosa, para la imposición de las cuales el artículo 8.º del Fuero exige de manera expresa una Ley y además la generalidad; porque la medida entra dentro de la cláusula general del artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que implica tanto la exigencia de una Ley previa para su imposición como su indemnizabilidad, que es lo contrario del sostenimiento obligatorio pretendido; en fin, porque se impone una contratación laboral forzosa...» (4).

(4) Vid., en su trabajo *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, en «REDA», núm. 5 (1975), pp. 203 y ss. El texto citado en pp. 205-206.

Las alegaciones me parecen ciertamente de recibo en lo relativo a la exigencia de que las cargas establecidas por el Decreto de 1969 (y el de 1946, así como los posteriores) lo hubieran sido en virtud de Ley formal o al menos ésta hubiera habilitado puntualmente a la Administración para concretarlas vía reglamentaria. Otra valoración de signo bien distinto me merecen, no obstante, las observaciones relativas al carácter de prestación forzosa y la indemnizabilidad de dichas cargas, ya que, no se olvide, este tipo de prestaciones —de contenido diverso— se vienen exigiendo desde siempre con normalidad a un amplio conjunto de actividades industriales (minerías, por ejemplo), que conllevan en sí mismas un factor de peligro para la seguridad pública en general. Pues bien, ¿es que acaso en los actuales momentos ese mismo factor de peligro público no es consustancial e inseparable del ejercicio mismo de la actividad bancaria? No me parece, en efecto, que la crítica a la normativa que se examina pueda apoyarse con solidez en la alegación señalada.

Cierto es que las observaciones y reparos expuestos a la legalidad de la obligación de implantar el servicio de «Vigilantes Jurados» se formularían, en este caso, con relación al Decreto de 13 de febrero de 1969 para las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad, pero, en mi opinión, son plenamente extensibles tanto al Decreto de 1946 como a los posteriores del de 1969 y, más en concreto, al actualmente en vigor, el Decreto 2113/1977. No obstante, oportunidad habrá más adelante de precisar si es posible establecer algún distingo entre los mismos a los efectos señalados, es decir, con relación a la falta de cobertura legal previa de la Administración para imponer y exigir la prestación del servicio de «Vigilantes Jurados» y demás medidas de seguridad, cuya incidencia patrimonial en las entidades afectadas —y en el ámbito mismo de la libertad, incluso— parece incuestionable.

Por lo demás, es obvio señalar que tras la Constitución de 1978 el problema no sólo persiste, sino que adquiere una especial relevancia en punto a precisar el propio alcance y operatividad del principio de legalidad, tal como se justificará en la parte final del comentario.

b) El segundo tema problemático que suscita la normativa reseñada hace directa relación a las sanciones que, a partir del Decreto 554/1974, la Administración puede imponer a aquellas Entidades bancarias, Cajas de Ahorro y demás Establecimientos que obligados a observar las medidas de seguridad y vigilancia previstas, incumplen dicha exigencia. Potestad sancionatoria de la Administración que, nuevamente, hace surgir con fuerza la duda de la suficiencia de su cobertura meramente reglamentaria, en tanto que, en principio, de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la vigente LRJ de 26 de julio de 1957 parece inexcusable la concurrencia de norma con rango de Ley para tipificar *ex novo* conductas sancionables administrativamente.

Cierto es que, atendiendo a los términos literales del Decreto 554/1974, parece como si las sanciones en él previstas, que remiten a la LOP de 30 de julio de 1959 —modificada en algunos extremos con posterioridad—, lo fueran por infracción del artículo 2.º h) de la citada Ley; artículo 2.º h) que, como se recordará, tipifica como actos contrarios al orden público,

«... la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo».

No queda totalmente despejada la incógnita, pues, de si el artículo 22 del Decreto 554/1974, así como los artículos 19 y 17 de los Reales Decretos 2113/1977 y 1084/1978, respectivamente, no dejan de ser sino una mera concreción de la LOP, en la que primariamente se hallaría la tipificación —y, por tanto, la cobertura legal necesaria— de las conductas sancionables según aquellas normas reglamentarias.

En todo caso se trata de una cuestión verdaderamente relevante que, tras una serie de vacilaciones jurisprudenciales, parece haber hallado finalmente una adecuada respuesta por parte del Tribunal Supremo. Si bien, y anuncio ya los términos concretos en que actualmente va a replantearse el problema, no hay que olvidar que, con posterioridad a los Reales Decretos en cuestión, el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, ha venido a prever expresamente, en su artículo 9.º, que

«Se considerarán actos que alteren la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca o con el cierre del establecimiento.»

Real Decreto-ley 3/1979, que, al margen de su posible inconstitucionalidad globalmente considerado (5), no zanja el problema concreto planteado más arriba, dado que, ahora, el artículo 25 de la Constitución de 1978, si bien constitucionaliza la potestad sancionatoria de

(5) En efecto, no deja de suscitar amplias y fundadas dudas respecto su posible inconstitucionalidad el Real Decreto-ley 3/79, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Ya en el correspondiente trámite de convalidación parlamentaria ante las respectivas Diputaciones Permanentes del Congreso de los Diputados y del Senado —dado que en aquel momento las Cortes constituyentes habían sido disueltas—, no dejó de haber críticas al mismo que se plasmaron en votos negativos a la convalidación. No obstante, el acuerdo de los grupos parlamentarios mayoritarios propició que saliera adelante un Decreto-ley que claramente afecta a derechos fundamentales y libertades públicas, no ya de la Sección 2.ª del capítulo 2.º del título I de la Constitución (artículos 30 y ss.), sino de la propia Sección 1.ª (arts. 15 y ss.), con manifiesta transgresión de lo dispuesto en el artículo 86 del propio texto constitucional, que, en mi opinión, sitúa claramente a la citada norma en el campo de la inconstitucionalidad. Valga por ahora, sin embargo, esta mera referencia sobre la que habrá de volverse más adelante, en la parte final de este estudio.

la Administración, la sujeta y condiciona a una serie de exigencias y requisitos que hacen dudar, con cierta base y fundamento, de la constitucionalidad del artículo 9 del referido Real Decreto-ley.

III

Como ya se ha indicado anteriormente, todo este conjunto de normas reglamentarias que periódicamente se han ido sustituyendo unas por otras han suscitado numerosos recursos contencioso-administrativos que han llegado frecuentemente al Tribunal Supremo e, incluso, no hace mucho, al propio Tribunal Constitucional (TC).

En efecto, numerosos recursos contencioso-administrativos que, anticipo ya, no creo dejen de plantearse hoy por hoy, ni en un futuro más inmediato, en cuanto que las respuestas jurisprudenciales, aun presentando cierta evolución, no han terminado, en mi opinión, por zanjar los problemas. Y es que, en tanto no se proceda a regular esta materia a través de una normativa con el rango jerárquico que su propio contenido parecer reclamar, difícilmente podrán dejarse de suscitar las correspondientes controversias judiciales. Pero antes de adelantar conclusiones, veamos cómo la Sala 4.^a del Tribunal Supremo ha afrontado y resuelto las contiendas entre Administración y Entidades afectadas por las medidas de seguridad y vigilancia expuestas más atrás.

1. Durante la vigencia de los Decretos de 4 de mayo de 1946 y de 13 de febrero de 1969, relativos a las Entidades bancarias y a las Cajas de Ahorro, respectivamente, los diversos recursos contencioso-administrativos que se plantearon ante el Tribunal Supremo impugnaban las resoluciones administrativas por las cuales se les denegaba a dichas entidades la solicitud y propuesta negativa que previamente habían dirigido al órgano competente a los efectos de verse exentas de implantar en sus establecimientos el correspondiente servicio de vigilancia por medio de «Vigilantes Jurados», dada su escasa importancia económica o la exigua cuantía de los valores en ellos existentes, tal como preveían los correspondientes Decretos y Ordenes dictadas en su desarrollo (6).

Lo destacable, sin embargo, es que en un amplio porcentaje de casos, las recurrentes no van a cuestionar en modo alguno la legalidad

(6) Sin ánimo de exhaustividad, entre otras, pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo, todas de su Sala 4.^a: Sentencia de 5 de febrero de 1973, ponente SUÁREZ MANTEOLA (Ar. 615); Sentencia de 17 de ene-

de los Decretos en cuestión por falta de cobertura legal, sino que pretenderán la anulación del acto administrativo denegatorio de su propuesta negativa en base al argumento central de que no correspondería a la Administración, sino a los directores o propietarios de las entidades afectadas, determinar si era o no necesario implantar en sus establecimientos el servicio de «Vigilantes Jurados», añadiendo, no obstante, que, aun cuando pudiera llegarse a estimar que esa determinación correspondía a la Administración, esa facultad, en todo caso, no sería discrecional, sino reglada, procediendo, en consecuencia, la exención automática de implantar el servicio cuando concurrieran las circunstancias previstas por la normativa reguladora (escasa importancia, poco volumen de operaciones, exigua cuantía de los valores existentes, etc.). No se ataca, pues, en sí, la legalidad misma de las prestaciones en principio exigidas a Entidades bancarias y Cajas de Ahorro, presentando, por ello, esa jurisprudencia inicial un valor y significado muy relativo con relación a los dos órdenes de cuestiones anunciados más atrás (7).

ro de 1973, ponente MEDINA BALMASEDA (Ar. 119); Sentencia de 25 de junio de 1974, ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR (Ar. 3345); Sentencia de 29 de octubre de 1976, ponente BOTELLA Y TAZA (Ar. 5642); Sentencia de 7 de febrero de 1977, ponente GABALDÓN LÓPEZ (Ar. 684); Sentencia de 25 de febrero de 1977, ponente GORDILLO GARCÍA (Ar. 1160); Sentencia de 9 de marzo de 1977, ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR (Ar. 1337); de 28 de marzo de 1977, ponente BOTELLA Y TAZA (Ar. 3246); de 28 de abril de 1977, ponente MEDINA BALMASEDA (Ar. 2661); Sentencia de 6 de mayo de 1977, ponente PONCE DE LEÓN Y BELLOSO (Ar. 3024); Sentencia de 6 de mayo de 1977, ponente RUIZ SÁNCHEZ (Ar. 3028); Sentencia de 16 de mayo de 1977, ponente BOTELLA Y TAZA (Ar. 3064); Sentencia de 20 de mayo de 1977, ponente FERNÁNDEZ TEJEDOR (Ar. 2488); Sentencia de 10 de noviembre de 1977, ponente PONCE DE LEÓN Y BELLOSO (Ar. 4594), etc.

Algunas de esas sentencias fueron brevemente reseñadas por el profesor Enrique RIVERO YSERN en su comentario titulado *Poder de Policía y discrecionalidad: Vigilantes Jurados de Entidades de Ahorro*, en «REDA», núm. 17 (1978), pp. 278 y siguientes.

(7) El Tribunal Supremo, no sin fundamento, entendería que la implantación y mantenimiento del Servicio de Vigilancia, no es de interés particular de las Entidades bancarias, ni de las Cajas de Ahorro, tal como se alegaba por los recurrentes, sino que es el interés público o general de la seguridad colectiva el determinante de esas medidas, lo que determina que sean las autoridades administrativas responsables del orden público las que juzguen sobre la oportunidad y conveniencia de establecer esos Servicios de Vigilancia. No hay lugar, pues, a estimar automática la exención pretendida por el mero hecho de que aparentemente concurren las circunstancias determinantes de una escasa entidad económica del establecimiento que, en principio y como regla general, debe establecer y organizar el Servicio de Vigilancia exigido.

La uniformidad que puede apreciarse en la Jurisprudencia, a este respecto, es total y plena, por lo que bastará con recordar ahora una de las últimas sentencias que sobre este primer tipo de recursos se han dictado.

Con todo, sí que importa destacar cómo en este conjunto de sentencias va a aludirse ya al «orden público» como concepto legitimador de las decisiones administrativas recurridas, si bien tal referencia no

Concretamente, la Sentencia de 6 de mayo de 1977 (Ar. 3024), afirmaría que,

«... la protección a la propiedad no corresponde sólo a las citadas Entidades (bancarias), sino que la Administración, como defensora de los intereses públicos, se encuentra interesada velando por ellos, en decidir si está o no en este caso dentro de los requisitos y circunstancias legales para poder ser eximido del mencionado Servicio de Vigilancia establecido por la Ley (*sic!*), según se desprende del artículo 3 de la Orden de 30 de abril de 1969, que desarrolla el Decreto de 13 de febrero de 1969..., tratando así de conjurar los intereses de la propia Empresa afectada para no recargarla con gastos excesivos y, a su vez, con su propia seguridad y la del público que acude a dichos establecimientos y de este modo, aunque la Empresa no juzgue compensatorio el indicado servicio, puede la Administración creerlo necesario, con la idea justa y lógica de encomendar a tales Entidades la prevención del delito y reservar para el Estado su represión, siendo por consiguiente imprescindible la implantación en las referidas delegaciones del mencionado Servicio de Vigilancia.»

Finalmente, el Tribunal Supremo, sobre esta base argumental, llegará a afirmar que la potestad atribuida a los órganos administrativos correspondientes a fin de determinar la necesidad de implantar en esos casos singulares tales servicios de vigilancia es una potestad discrecional; y una potestad discrecional —hay que decir— que, en líneas generales, el Alto Tribunal no se esforzará en intentar controlar, tal como ya advertiría RIVERO YSERN en *Poder de policía...*, *loc. cit.*, pp. 281.

Sólo con ocasión de los también numerosos recursos interpuestos por los Establecimientos comerciales e industriales afectados por idéntica obligación (Decretos de 20 de septiembre de 1962 y de 10 de agosto de 1963), el Tribunal Supremo matizará tan taxativa conclusión, para pasar a afirmar que no es admisible en tales casos —decisión administrativa singular obligando a un determinado Establecimiento comercial o industrial a organizar un servicio de vigilancia— «el puro juego de la atribución discrecional», exigiendo, en consecuencia, la concurrencia, al menos, de una serie de informes previos a la resolución administrativa que evidencien y justifiquen la conveniencia de la medida de seguridad que se exige. Tal es, por ejemplo, la posición mantenida en la Sentencia de la Sala 4.ª, de 14 de marzo de 1969, ponente BECERRIL y ANTON MIRALES (Ar. 2365), y, con posterioridad, en la de 19 de febrero de 1974, ponente MARTÍN MARTÍN (Ar. 1156), así como en la de 3 de noviembre de 1975, ponente SUÁREZ MANTEOLA (Ar. 4257), sentencia esta última en la que, reproduciendo doctrina anterior, el Tribunal Supremo afirmará que,

«... El Decreto de 10 de agosto de 1963 establece una ordenación normativa para la aplicación casuística de la designación de Vigilantes Jurados de Industria y Comercio, determinando en el supuesto de lo previsto en el artículo 5 de esta disposición legal, en consonancia con sentencias de este Tribunal de 14 de marzo de 1969, 9 de noviembre de 1971, ratificado en la de 19 de febrero de 1974, el que tal normativa establece una regulación legal a efectos de designación de los Vigilantes Jurados, impidiendo en determinadas circunstancias el puro juego de la atribución discrecional, al exigirse en todo caso el juicio fundado, como presu-

pasará de tener el mero carácter de *obiter dicta* (8). E importa destacarlo porque el concepto o la cláusula de «orden público» sí que va a configurarse ya como criterio central, como auténtica *ratio deci-*

puesto de una decisión legal, y acreditativo de que la empresa o entidad comercial o industrial se encuentra comprendida en alguno de los grupos o clases que la norma señala, y para ello puede resultar esencial, entre otros, el dictamen o informe de la Comandancia de la Guardia Civil, en conjugación con ese texto legal.»

Incluso en aquellos otros supuestos en los que se ha desestimado el recurso, no por ello el Tribunal Supremo ha dejado de entrar a conocer y valorar las circunstancias concretas del caso, lo que, en definitiva, implica un control de la discrecionalidad administrativa: véase así, por ejemplo, la Sentencia de 9 de noviembre de 1971, ponente, SÁINZ BROGUERA (Ar. 4740).

Esta actitud jurisprudencial —repito— no se observa, sin embargo, tan nitidamente en el caso de los recursos de Bancos y Cajas de Ahorro, y ello, quizá —ante la falta de otra explicación más convincente—, por partirse de principios diferentes: mientras que la regla general para Bancos y Cajas de Ahorro es la obligatoriedad de implantar el servicio de «Vigilantes Jurados» y sólo excepcionalmente puede quebrar tal exigencia, en el caso de Establecimientos comerciales e industriales la regla es la contraria, no hallándose en general obligados, a no ser que excepcionalmente y dadas sus singulares características, la Administración estime necesaria la organización del referido servicio. Con todo, lo cierto es que en ambos casos se trata de enjuiciar y controlar el ejercicio de una potestad discrecional que, en ningún caso, debería dar lugar a tan diferenciadas posiciones como las señaladas.

(8) Por todas, baste recordar uno de los considerandos de una de las sentencias dictadas igualmente sobre este tipo de recursos a los que vengo refiriéndome. Concretamente, la Sentencia de 6 de mayo de 1977 (Ar. 3028) afirmaba,

«Que al impugnar la entidad recurrente la resolución del Ministro de la Gobernación, que confirmada en alzada, desestimó la pretensión de exención del Servicio de Vigilantes Jurados en 12 Agencias de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Bilbao, tiene su fundamentación en consideraciones equivocadas de la norma rectora, en cuanto a su verdadero alcance y razón teleológica que la inspira, pues el Decreto 289/1969, de 13 de febrero y Orden para su desenvolvimiento, de 30 de abril de 1969, al establecer un Servicio de Vigilancia para las Cajas de Ahorro, en las propias condiciones, forma y términos del previsto para las entidades bancarias en el Decreto de 4 de mayo de 1946 y Orden de 17 de julio del mismo año, no hace sino regular y establecer medidas de policía en garantía de la seguridad pública, no en el exclusivo beneficio y protección de dichas entidades; prisma o enfoque que atribuyen a las normas enjuiciadas una valoración y características específicas al actuar limitando la actividad de los particulares, en cuanto tienden a regular el orden público, criterio que, mantenido por esta Sala, en numerosas sentencias, expresa el exacto sentido de la normativa indicada, como manifestación del necesario intervencionismo del Estado en el mantenimiento de la seguridad pública que, al igual que otras esferas de actividad, integran las previas medidas de policía que justifican su imposición como medios idóneos al logro de los fines comunitarios propuestos en función de la actividad desarrollada por el administrado y en beneficio del común.»

dendi, en un segundo bloque de sentencias en las que los recurrentes (Bancos y Cajas de Ahorro una vez más) van a atacar por vía de recurso indirecto contra Reglamentos la legalidad de los Decretos de 1946 y 1969.

En efecto, tal es el caso de las sentencias de 5 de febrero de 1973, ponente, SUÁREZ MANTEOLA (Ar. 615); de 25 de junio de 1974, ponente, FERNÁNDEZ TEJEDOR (Ar. 3345), y de 11 de junio de 1980, ponente, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ (Ar. 3177), que nos sitúan ya en la problemática que anteriormente se señalaba.

Concretamente, las *litis* en las tres sentencias que acaban de citarse son idénticas a las de las sentencias expuestas con anterioridad. A las recurrentes (Cajas de Ahorro en las dos primeras y una Entidad bancaria en la Sentencia de 11 de junio de 1980) les fue denegada su propuesta negativa, solicitando se les eximiese de establecer en sus sucursales el correspondiente servicio de «Vigilantes Jurados» previstos por los Decretos de 1969 y 1946, respectivamente, ante lo cual recurren en vía contencioso-administrativa alegando ahora, no obstante, como punto central en su demanda, la ilegalidad de las citadas normas reglamentarias al haber sido dictadas por la Administración sin contar con la correspondiente habilitación legal. Se plantea directamente, de este modo, el primero de los problemas a que antes se aludía, y que remite al propio juego y operatividad del principio de legalidad en relación con la potestad reglamentaria de la Administración.

El Tribunal Supremo, en todas las sentencias citadas, desestimaría las alegaciones de las recurrentes, pasando a configurarse el criterio del «orden público» como la *ratio decidendi* de cada una de aquéllas. Así, en un largo considerando, en la Sentencia de 5 de febrero de 1973 (9), se dirá:

«Que partiendo de que la noción de orden público despliega su eficacia en el mundo del Derecho como noción básica y fundamental, no sólo en el ámbito del Derecho

(9) De la Sentencia de 5 de febrero de 1973, a consecuencia del recurso interpuesto por la Caja de Ahorros Comarcal de Manlleu, ya dio noticia Sebastián MARTÍN-RETORTILLO en su libro *Crédito, Banca y Cajas de Ahorro*, ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 302, nota 46. El citado autor no entra en su análisis detallado, si bien apunta ya como el concepto habilitante de las actuaciones administrativas imponiendo obligatoriamente medidas de seguridad y sancionando con multas gubernativas a aquellas Entidades que incumplen tales exigencias «ha sido, una vez más, el de orden público, cuya peligrosa fuerza expansiva es manifiesta».

público —y concretamente en el Derecho administrativo—, sino incluso en el del Derecho privado y así, al efecto, puede condicionar la aplicación de un determinado ordenamiento (art. 1,1 C. c.), servir de límite a la autonomía de la voluntad (art. 4.º y 1255 del mentado C. c. y los pertinentes de la Ley del Contrato de Trabajo), o invocarse para enjuiciar determinadas cuestiones que, por ser de orden público, deben serlo con carácter preferente a cualquier otra; ello no obstante la actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público, como toda actividad de esta clase, está sujeta a unos principios generales que, como tales, al servir de base y fundamento del ordenamiento jurídico, de surgir contradicción entre los principios informantes de la intervención y las normas sólo puede resolverse a favor de aquéllos, como se se reconoce en la Ley de Principios de 17 de mayo de 1958 al sancionar en su artículo 3.º: «la nulidad de pleno derecho de toda norma que infrinja un principio fundamental»; de donde se sigue que ningún órgano jurisdiccional podrá, a tenor del artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, aplicar un precepto radicalmente nulo; y haciendo adecuación de esto en conjugación con los Decretos de 4 de mayo de 1946 y 13 de febrero de 1969 y Ordenes de 17 de julio de 1946 y 30 de abril de 1966, cuya nulidad de manera indirecta se postula por la recurrente, con fundamento en lo recogido en el primer razonamiento de esta sentencia, no puede prevalecer, porque si bien es cierto que por motivos de orden público imponen a las Entidades bancarias y Cajas de Ahorro, Montes de Piedad, etc., la obligación de establecer un servicio de vigilancia de sus establecimientos mediante el nombramiento a su instancia de Vigilantes Jurados con la finalidad que en esas disposiciones se señalan, o la exención de tal carga de concurrir los requisitos que en ellas se precisan, y de ser nombrados esos Vigilantes correrán a cargo de esas Entidades el pago de los emolumentos que les corresponda en virtud de los beneficios que aquellos les reporten y cuidar de la vigilancia y custodia de per-

sonas y bienes dependientes y pertenecientes a ellas y no ser menos de que también la creación por el Estado de esos Agentes de la autoridad se apoya además para conseguir al propio tiempo la protección colectiva de los ciudadanos que puede verse amenazada de concurrir situaciones como las que se determinen en la cuarta consideración de esta sentencia, como el fundamento constitutivo de esas normas jurídicas descansa en conseguir por el medio que regula la protección y sostenimiento del orden público que como queda argumentado puede condicionar la aplicación de un determinado ordenamiento, dadas las circunstancias que ofrecen esas preceptivas legales ya reflejadas, el que se dispusiese por Decretos, desarrollados más tarde por Ordenes ministeriales, y no por Ley, como se expone por la recurrente, no implica la ilicitud de esas normas reglamentarias de conformidad con el artículo 24, número 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, por no ser materia de las contenidas en el artículo 10, aps. *i)* y *k)* de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, modificada por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, y por ende de competencia privativa de ese Cuerpo legislativo, ni tampoco está encuadrado en el artículo 41 de la última Ley invocada, porque lo ordenado en las disposiciones impugnadas no son contrarias al C. c. ni a la Ley del Contrato de Trabajo, por constreñirse a que si bien condiciona y limita la autonomía de la voluntad en la contratación entre partes, lo verifica en beneficio no sólo del interés general, sino de las propias Entidades privadas como la actual demandante y a consecuencia de procurar evitar se originen ataques afectantes tanto a ella como al orden público; como tampoco se trasluce que se violen los principios admitidos en la mentada Ley de 17 de mayo de 1958; y finalmente, lo que se afirma por la recurrente de verse obligada a realizar una prestación —remuneración que perciba los Vigilantes Jurados—, que no va en favor de sus intereses particulares, sino en interés general de la Seguri-

dad Interior del Estado, privándola de su poder de organización y directivo, por lo sentado preferentemente al así deducirse del espíritu y letra que informan esas preceptivas legales, en especial, porque el pago del salario está en relación directa con el beneficio que puede reportarle el trabajo a realizar por esos asalariados, o sea protección de personas y cosas que dependen exclusivamente de ella, sin perjuicio de los restantes beneficios en favor de la sociedad en general; sujeta que en estas condiciones no son de pertinencia al caso concreto que se estudia los artículos 8.º y 9.º del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 19 de enero de 1967, por referirse a supuestos completamente diferentes al debatido; y si esto es así, lo propuesto no puede ser admitido, máxime que la sentencia de esta Sala de 24 de marzo y auto aclaratorio de la misma de 3 de julio, ambos de 1969, en donde se plantearon esas nulidades, no fueron estimadas, no obstante prosperar la de los actos administrativos impugnados directamente, que al no guardar el fondo de la cuestión allí examinada la debida correlación con lo aquí objeto de análisis en juego con los presupuestos fácticos, impide el que tenga que seguirse las directrices allí establecidas; siendo secuela necesaria de todo lo expuesto la improcedencia de la repetida ilegalidad de esas Reglamentaciones.»

Esta doctrina jurisprudencial se verá reiterada, sustancialmente, un año más tarde por la sentencia de 25 de junio de 1974, sentencia de la que dio noticia el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, y a propósito de la cual examinó críticamente la consistencia jurídica de la tesis en cuestión, que, en el concepto de orden público, encuentra la justificación final de la legalidad, en ese caso concreto, del Decreto de 1969 relativo a las Cajas de Ahorro (10). La sentencia, en efecto, estimaría que,

(10) Vid. su esclarecedor trabajo titulado *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, en «REDA», núm. 5 (1975), pp. 203 y siguientes.

La doctrina recogida en el considerando que acaba de transcribirse es, reitero, de todo punto inaceptable, en línea con las sentencias antes examinadas de 5 de febrero de 1973 y 25 de junio de 1974.

No obstante, la sentencia que se comenta terminará por anular la resolución administrativa por la que se impuso a la recurrente la multa de un millón quinientas mil pesetas. El Tribunal Supremo estimará que en el caso de autos no concurrían todos los requisitos del ilícito, y, singularmente, el de voluntariedad para considerar el incumplimiento de la entidad recurrente —no haber procedido a organizar las medidas de seguridad, previstas— como acto o conducta sancionable. De esta manera, mientras que inicialmente se afirmará que,

«... debe tenerse en cuenta que para que exista acto sancionable con arreglo al apartado h) de la Ley de Orden Público es necesario que se dé una verdadera y auténtica desobediencia a las órdenes de la autoridad, no bastando tan sólo la pasiva resistencia al cumplimiento de las mismas que es, en realidad, lo sucedido en el caso de autos...»,

seguidamente se concluirá que no es obstáculo a ello,

«...el que en las infracciones administrativas se presume normalmente la voluntariedad y en realidad se esté regularmente al resultado objetivo de la infracción, por cuanto tal doctrina se halla establecida con carácter general y no para casos como el de autos, que precisan del establecimiento de instalaciones y contratación de personal específico, para cuya consecución se necesita tiempo adecuado, no pudiendo estimarse tal el transcurrido desde la vigencia del texto reglamentario hasta la constatación de los hechos con motivo de la comisión de un robo a mano armada en una agencia provincial murciana, máxime teniendo en cuenta que la materia había originado reuniones con las autoridades de seguridad para obviar las dificultades surgidas en el cumplimiento de lo ordenado genéricamente, y no consta que dichas autoridades conminaran respecto a este caso a la entidad bancaria con las sanciones prevenidas por

el texto reglamentario si lo ordenado por éste no era ejecutado, pues si bien esta práctica no siempre es necesaria, en esta ocasión sí lo era, dado el contenido del texto del artículo 22 del Decreto donde la palabra "podrá" indica una posibilidad a discernir en función de las circunstancias y las constatadas en el caso no determinan la existencia de materia sancionable, al no darse el específico dolo de resistencia que el tipo de infracción exige.»

En consecuencia, la sentencia anula la multa impuesta por no concurrir el requisito de la voluntariedad en la desobediencia a las decisiones dictadas por la Administración para garantizar la seguridad y el orden público, contenidas en el Decreto 554/1974, faltando, por tanto, la correspondiente antijuridicidad en la acción de la sancionada.

En mi opinión, si bien el resultado final parece satisfactorio, la argumentación del Tribunal Supremo no deja de adolecer de ciertos defectos. Fundamentalmente, el mayor reparo que puede hacerse es que el Tribunal en momento alguno cuestiona la legalidad del Decreto que habilita a la Administración con esa potestad sancionatoria y la propia tipificación, si es que así puede llamarse, de la conducta sancionable, entendiéndolo, antes bien, de manera manifiestamente incorrecta, que en realidad el artículo 22 del Decreto en cuestión no sería sino una «concreción» del apartado h) del artículo 2.º de la LOP que, entre otros, considera como acto contrario al orden público el «excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo». Tal interpretación, como digo, me parece totalmente infundada —más adelante, y a propósito de la sentencia de la misma Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1982, de signo radicalmente contrapuesto, se justificará cumplidamente tal afirmación—, y el hecho es que, a pesar de anular la resolución imponiendo la multa, el principio y fundamento de la legalidad del artículo 22 queda totalmente a salvo, de manera que concurriendo unas circunstancias distintas, o mediando, sencillamente, una apreciación diversa de las mismas, ningún óbice habría para confirmar la legalidad del acto sancionador. No otra cosa es lo que sucede, en

habidas —concretamente, la formulada por GARCÍA DE ENTERRÍA, tal como ya se ha indicado—, el Tribunal Supremo se acogerá, una vez más, a la doctrina del orden público y del poder de policía general de la Administración, si bien —es preciso indicarlo— en este caso, finalmente, estimará el recurso de la Entidad bancaria que, a diferencia de los supuestos anteriores, se dirigía contra el acto administrativo por el cual se le había impuesto una multa por no haber observado e incumplido las medidas de seguridad establecidas por el Decreto 554/1974. Precisamente, como quiera que más adelante se examinará la problemática concreta relativa a la potestad sancionatoria de la Administración prevista a partir de 1974, en el Decreto ya conocido de ese mismo año y, con posterioridad, del año 1977, quede remitida la exposición de esta sentencia de 11 de junio de 1980 a su lugar sistemático oportuno.

Las consecuencias que derivan de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en todas estas sentencias, ciertamente son graves y, aun bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales, bien puede decirse, tal como destacó oportunamente GARCÍA DE ENTERRÍA (11), que incorporan y asumen una concepción absolutista de la policía en todo punto incompatible con la concepción de nuestro Derecho; incluso, con la concesión de nuestro Derecho, nótese bien, anterior a la entrada misma en vigor del texto constitucional de 1978. Si los argumentos que ya expusiera en 1975 GARCÍA DE ENTERRÍA parecen ciertamente incontestables, y a su lectura me remito, tras la Constitución de 1978 no hay lugar a dudas que la cláusula de «orden público» en modo alguno habilita a la Administración con poderes generales e indeterminados que, por si fuera poco, inciden directa e intensamente, como es el caso que nos ocupa, en ámbitos claramente reservados a la Ley. No se insistirá, pues, punto por punto, en la crítica que ya fuera formulada por el autor más arriba citado, aunque sí anticiparé mi opinión acerca de la necesidad de abandonar conceptos y categorizaciones genéricas que, al margen del detallado y preciso examen del texto constitucional, conducen a resultados manifiestamente erróneos. Tal es el caso de la noción de orden público —o del poder de policía general de la Administración—, como concepto previo que se yuxtapone —y excepciona— al normal mecanismo de la reserva legal —que es precisamente el criterio central que coadyuva a perfilar definitivamente el alcance del principio de legalidad y la configuración

(11) *Ibidem*, pp. 208 y ss.

misma de la potestad reglamentaria—, al igual, por lo demás, que los tradicionales ámbitos de las «materias administrativas» (ámbito de lo organizativo, de las relaciones de supremacía especial y de la propia actividad prestacional de la Administración) que pueden dar pie a que, prescindiendo de las exigencias constitucionales más elementales, el juego del principio de legalidad quede claramente excepcionado por el simple y cómodo expediente de calificar anticipadamente esa materia como «materia administrativa». Seguidamente vamos a tener oportunidad de ejemplificar detalladamente esta importante cuestión, a propósito de la reciente calificación de las normas reglamentarias que estamos examinando —concretamente el Decreto 554/1974— como Reglamentos independientes, justificados en base a la calificación de las relaciones Administración-Entidades bancarias y Cajas de Ahorro como relaciones especiales de sujeción o relación de supremacía especial (12).

(12) Sobre la intervención administrativa en el ejercicio de la actividad bancaria y crediticia, *vid.* el libro de Sebastián MARTÍN-REORTILLO, *Crédito...*, *op. cit.*, en especial pp. 297 y ss., poniéndose de manifiesto las amplias facultades administrativas interventoras que conducen, en opinión del autor, a una «publicización» del sector crediticio, entendida la expresión en un sentido amplio; pues bien, no deja de ser curioso y sintomático, sin embargo, que se evite por el autor el empleo del término «relación especial de sujeción» o «relación de supremacía especial», y es que, con buen criterio, creo que hay que obviar calificaciones de este tipo —máxime cuando pueden utilizarse otras equivalentes a fin de destacar, que es de lo que se trata, en definitiva, la existencia de una regulación administrativa general que condiciona ampliamente el ejercicio de una actividad jurídico-privada— que remiten de inmediato, por tradición histórica no exenta de una inercia dogmática injustificable, a la concreta temática del alcance y operatividad misma del principio de legalidad.

Por otra parte, sobre el problema en general, de «las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *vid.* el trabajo de GALLEGO ANABITARTE, con ese mismo título, en el núm. 34, de esta Revista (1961), pp. 11 y ss., reafirmando contundentemente el principio de legalidad —exigencia de que todas las intervenciones en la situación jurídica del individuo tengan por base una autorización legal— respecto de las llamadas «relaciones especiales de sujeción» (que, a partir de ese mismo instante, quizá fuera conveniente, en mi opinión, dejar de denominarlas como tales relaciones especiales, en cuanto no conducen al resultado mismo que estuvo en el origen de su categorización, es decir, a la quiebra en determinados ámbitos materiales del principio de legalidad).

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1979, pp. 191 y ss., y II, Madrid, 1981, pp. 25 y ss., suelen utilizar, no obstante, la expresión «relación de supremacía especial» o también la de «relación especial de poder», tratándose de una mera cuestión terminológica que no tiene mayor relevancia.

En el texto, por ello, se utilizan indistintamente esas expresiones («relación especial de sujeción» o «relación de supremacía especial»).

2. La tesis del orden público y del poder de policía general de la Administración con que se justificaría la legalidad de los sucesivos Decretos y Ordenes que arrancan de 1946, va a ser abandonada formal y materialmente por el Tribunal Supremo en una sorprendente sentencia de fecha 11 de mayo de 1982, ponente, MEDINA BALMASEDA (Ar. 3324); sentencia que, no por ello, va a dejar de afirmar finalmente la legalidad del Decreto de 1 de marzo de 1974. No por sorprendente, la sentencia referida deja de presentar interés, en cuanto que esa legalidad la va a fundamentar en la existencia de una «relación de supremacía especial» entre la Administración y las Entidades sujetas a las correspondientes medidas de seguridad, relación que, en sí misma, ampara y legitima las medidas adoptadas y previstas aún sin una concreta y expresa cobertura legal, y que finalmente determina la calificación del Decreto 554/1974 como Reglamento independiente.

No obstante, antes de entrar en la exposición de la misma, me parece de interés recordar que el criterio de la relación de supremacía especial ya había sido apuntado con anterioridad por la doctrina administrativista. Curiosamente, en opinión del propio GARCÍA DE ENTERRÍA, mientras que con relación a las Cajas de Ahorro y Entidades de similar naturaleza la exigencia de los «Vigilantes Jurados» debía estimarse totalmente inoperante al preverse en una mera norma reglamentaria sin cobertura legal previa —y sin que pudiera justificarse, como ya se ha indicado, en la cláusula de orden público—, distinto sería el caso, a su juicio, con relación a las Entidades bancarias privadas, en cuanto que, aquí sí, parece que podría encontrarse cobertura al Decreto de 1946 (más tarde sustituido, como nos consta, por el Decreto 554/1974) que imponía idéntica obligación que el Decreto 289/1969 para las Cajas de Ahorro, y ello en base al criterio de las «relaciones de supremacía especial». Aunque incidentalmente, el citado autor no dejaba de señalar que,

«... en el caso de los Bancos se contaba con un respaldo legal tradicional, ofrecido en concreto por la vieja Ley de Ordenación Bancaria de Cambó de 29 de diciembre de 1921; esta Ley —como ha sido común en caso todos los países en esta materia— estableció una estricta “disciplina bancaria” (...), confiando a la entonces creada Comisaría de la Banca privada la posi-

bilidad de "dictar aquellas disposiciones de carácter general que, sin menoscabo de la agilidad bancaria (...) se estimen necesarias o convenientes para el interés público", disposición de "observancia obligatoria para toda la Banca inscrita". Curiosamente, esta potestad tan extensa se manifiesta en "disposiciones de carácter general" puramente internas, no publicadas en la *Gaceta*, como producida en el *intus* de la relación disciplinaria construida por la Ley, esto es, en una peculiar relación de supremacía especial. Justificando la tesis de OTTO MAYER sobre el fundamento de estas potestades de supremacía especial —concluía GARCÍA DE ENTERRÍA—, se pone la Ley como base de ella el libre consentimiento de los Bancos, cuya inscripción en la Comisaría es voluntaria, a cambio de ciertos beneficios (art. 2.º, base 6.ª), inscripción cuya cancelación es la amenaza sancionatoria máxima del incumplimiento de la "disciplina" (art. 2.º, base 2.ª)» (13).

Pues bien, el criterio que acaba de exponerse va a constituirse en la *ratio decidendi* de la sentencia de 11 de mayo de 1982.

La *litis* que da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo, confirmatoria de la sentencia de instancia apelada de la Audiencia Territorial de Madrid, que es la que aporta con detalle toda la argumentación que el Supremo, se limitará, como digo, a confirmar, presenta alguna peculiaridad respecto de las hasta ahora examinadas. Concretamente, los hechos fueron los siguientes: en octubre de 1976, dos empleados del Banco Español de Crédito, S. A., al trasladar una cantidad de un millón quinientas mil pesetas desde una de sus sucursales en Madrid al Instituto Nacional de Previsión, distante unas cuantas manzanas, a pie y sin custodia alguna, sufren un atraco y pierden el dinero que transportaban, a consecuencia de lo cual el Gobierno Civil de Madrid impone a aquélla una multa de quinientas mil pesetas por «desobedecer las decisiones emanadas de la autoridad para garantizar la seguridad y el orden público», al incumplir lo dispuesto en el Decreto 554/1974, de 1 de marzo, y la Orden dictada en

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre los límites...*, loc. cit., pp. 204.

su desarrollo de 1 de abril del mismo año (14). Al igual que en otros supuestos, la Entidad bancaria sancionada recurrirá en vía contencioso-administrativa, alegando, en síntesis, primero, que el Decreto 554/1974 resulta ser inadecuado a Derecho, lo que determina la nulidad del acto administrativo que impuso la multa; segundo, que no resulta ajustada a Derecho, igualmente, la interpretación y valoración de su conducta como «desobediencia a la autoridad», siendo inaplicable al caso de autos las normas esgrimidas por la Administración para sancionar (básicamente art. 2.º, h), de la Ley de Orden público de 30 de julio de 1959); y tercero, que tampoco se había observado la adecuada graduación en la cuantía de la multa impuesta. Tres alegaciones básicas de las que, por razones sistemáticas, tal como se ha procedido en los casos anteriores, me ocuparé en este momento sólo de la primera de ellas, para examinar posteriormente las dos restantes.

La sentencia de la Audiencia Territorial, que el Tribunal Supremo confirma plena e íntegramente, no dejará de insistir, con carácter previo, en la finalidad perseguida con la normativa —ahora el Decreto 554/1974— que indirectamente se impugna. Y así, una vez más, se afirmará que la razón teleológica de la misma,

«aparece enraizada en la idea de orden público, tanto en el clásico y amplio sentido de policía general o de protección del orden administrativo como en el más específico de las sucesivas Leyes de Orden Público de mantenimiento del normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las leyes... (como lo muestra la Jurisprudencia que "incardina dichas medidas de vigilancia a la seguridad pública y no al exclusivo beneficio y protección de las entidades de Crédito y Ahorro a que se refieren, al interés común y mantenimiento del orden público que justifican el carácter forzoso de su imposición...")».

(14) Concretamente, el incumplimiento que se alega por la Administración hace referencia a las medidas a adoptar en el transporte de fondos previstos en los artículos 13 y 14 del Decreto 554/1974, destacando la obligatoriedad del uso de vehículos adecuados y la protección de «Vigilantes Jurados».

Ahora bien, de ello no va a concluir la Audiencia Territorial que la cláusula de orden público y el poder de policía general de la Administración, que justifica, en principio, la existencia de una normativa relativa a medidas de seguridad y vigilancia, habilitan a la Administración para que ésta, discrecionalmente, pueda instaurarlas a través de meras normas reglamentarias, ya que, para que ello fuera posible, sería necesario que el Reglamento recayera sobre materia de esa misma naturaleza, única y exclusivamente, y siempre con el límite del sometimiento a la Ley, tanto jerárquica o formal como material, en el sentido último de no poder residenciarse en el Reglamento la materia que se encuentre reservada a la Ley. Materia reservada a la Ley que es, precisamente, el contenido del Decreto de 1 de marzo de 1974 —afirmará la sentencia—, dado que «las medidas que establece con carácter forzoso y obviamente inciden en el área del patrimonio de los Bancos y de la libertad de su actuación industrial».

En consecuencia, rechazo expreso, frente a toda la línea argumental que hasta entonces había venido manteniendo la jurisprudencia, de la noción de orden público como cláusula genérica habilitante *per se* de una potestad administrativa independiente o no necesitada de previa Ley, aun cuando la misma pueda llegar a incidir fuertemente en el ámbito mismo de la libertad y propiedad de los ciudadanos, es decir, en materias precisamente que, según la fórmula tradicional, quedan constitucionalmente reservadas a la Ley.

¿Cómo justificar entonces la legalidad del Decreto de 1 de marzo de 1978 una vez descartada la tesis de la cláusula de orden público y el poder de policía general de la Administración?

Planteadas las cosas en los términos que acaban de exponerse, el Tribunal va a recurrir al criterio que ya incidentalmente, y con relación exclusivamente a las Entidades bancarias, como se ha visto, apuntara GARCÍA DE ENTERRÍA de las «relaciones de supremacía especial» o de «especial sujeción», a fin de encontrar una explicación al hecho de que en virtud de una simple norma reglamentaria puedan, con arreglo a Derecho, imponerse un conjunto de medidas de seguridad y vigilancia a determinados particulares. Y es así como, en primer término, se entenderá que el Decreto de 1 de marzo de 1974 no es en modo alguno un Reglamento ejecutivo porque no dispone de apoderamiento legal previo alguno. Ni la legislación bancaria —afirmará el Tribunal—, aun previendo y estableciendo en términos generales una «disciplina bancaria» («... amplia fórmula en la que se

insertaron obligaciones económicas, pero en la que difícilmente puede insertarse una cláusula como la de apoderamiento singular para dictar normas de seguridad y vigilancia», ni la vigente Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 y sus posteriores reformas («... ya que a pesar de los amplísimos poderes de policía que de la misma se desprenden, todos ellos se delimitan y agotan en el propio texto legal»), cubren o apoderan el ejercicio de una potestad reglamentaria como la que se ha plasmado en el Decreto de 1 de marzo de 1974. El Decreto en cuestión no es, pues, un Reglamento ejecutivo; antes bien —dándose así el paso definitivo por la sentencia—, se trata de un Reglamento independiente, que se justificará en los términos siguientes:

«... es, por el contrario, y sin consignar más precisiones doctrinales, en el marco de los comúnmente denominados Reglamentos independientes, y cuya autonomía o falta de cobertura legal por innecesariedad de la misma despliega toda su eficacia en el ámbito organizativo interno de la Administración, en el ejercicio de las facultades insitas en su propia y natural esencia, donde puede encontrarse y a juicio de la Sala se encuentra la adecuación a Derecho de la disposición general indirectamente atacada a través de este proceso...».

Calificado el Decreto de 1 de marzo de 1974 como Reglamento independiente, quedaba por cerrar la argumentación definitivamente, para lo cual el Tribunal alegará que, en el caso de autos, tal calificación resulta procedente en cuanto que aquél viene precisamente a desplegar toda su eficacia en el ámbito organizativo interno de la Administración, dado que,

«... el detenido examen de toda la normativa vigente sobre la actividad bancaria, de parcial cita anterior, completada con el Decreto-ley de 7 de junio de 1962 sobre nacionalización y reorganización del Banco de España y la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril del mismo año, y las múltiples disposiciones posteriores de inferior rango, inequívocamente apuntan si no a un encuadramiento de esa actividad en la categoría del servicio

público, si a dotaría de múltiples notas de las que caracterizan técnicamente a éste, como la esencial de proporcionar en amplios aspectos utilidad a los particulares por razones de interés público, aunque no sea la prestación regular y continua, que determinan un cada vez más acusado intervencionismo de la Administración, traducido en una serie de disposiciones formadoras de una completa disciplina bancaria que de acatamiento voluntario en un principio para la Banca privada ha devenido en vinculante, con integración de la Administración en el campo organizativo de la misma, o más realmente de ésta en el de aquélla, en todo caso bajo su dirección, y aunque ello se manifieste con más lógica frecuencia respecto a medidas estrictamente financieras... también son reflejo y emanación tanto el derogado Decreto de 4 de mayo de 1946 como el de 1 de marzo de 1974, disposición la última en todo caso apta para regular esa materia de vigilancia y seguridad en los Bancos en virtud de aquella íntima relación, la que, en definitiva, se traduce en una de supremacía especial de la Administración respecto a esa acotada parte de sus administrados —la Banca privada—, que legitima el ejercicio de la potestad reglamentaria en su campo organizativo propio al que ya han sido arrastradas tales personas jurídicas por esa sujeción de especial intensidad, y cuya ordenada actuación integra el ejercicio del derecho y deber estatal de proveer a la conservación y defensa del orden público, según se indicaba en la hoy vigente normativa constituida por el Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio (que deroga al Decreto de 1 de marzo de 1974 y a la Orden de 1 de abril de 1974) y el Decreto de 30 de marzo de 1978».

El definitiva, el Tribunal Supremo abandona la insostenible tesis de la noción de orden público y del poder de policía general de la Administración para acogerse ahora al criterio de la «relación de supremacía especial» y a la calificación de Reglamento independiente que, no obstante, conducirá al mismo resultado final, es decir, a afirmar la legalidad formal y material del Decreto de 1 de marzo de 1974. Sin embargo, este último criterio resultará ser tan inconsistente e infun-

dado como el tradicionalmente sustentado del poder de policía general como habilitante de potestades administrativas no necesitadas de cobertura legal previa, debiéndose unir a ello la gravedad que el mismo comporta —máxime si se extrapola de la *litis* concreta en la que se le da entrada— para la plena efectividad del Estado de Derecho que proclama nuestra vigente Constitución de 1978. Por ello, y teniendo en cuenta que esa doctrina puede ser el punto de arranque de una nueva serie jurisprudencial —dado que, previsiblemente, los conflictos seguirán planteándose en cuanto que, como reiteradamente ya se ha señalado, el vigente Real Decreto 2113/1977, completado por el Real Decreto 1084/1978, ha sustituido formalmente al Decreto 554/1974 sin aportar modificaciones sustanciales algunas—, bien merece la pena ser puntualizada con cierto detalle, de acuerdo con las propias previsiones constitucionales.

En este sentido, no hay que dejar de insistir que, en general, la doctrina española —en línea con la del Derecho Comparado—, aun bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales del régimen anterior, ha venido esforzándose en mantener, no sin fundamento, que la Ley ha dejado de constituir un simple límite exterior a la actividad libre de la Administración para pasar a configurarse como elemento condicionante y determinante de toda su actuación, lo que, expresado de otra manera, se ha resumido en el paso de la llamada *negative Bindung* a la *positive Bindung* (15). Toda potestad administrativa debe encontrar, por tanto, un previo reconocimiento legal, sin el cual esa pretendida potestad no será tal y los actos dictados en su ejercicio no pasarán de ser mera apariencia que conllevará su nulidad de pleno derecho. Ello mismo ha conducido a que la doctrina mayoritaria rechazara *a priori* con carácter general la figura del llamado Reglamento independiente, si bien no siempre observando una rigurosa precisión en los conceptos utilizados, lo que no ha dejado de provocar

(15) En suma, necesidad de que cualquier potestad administrativa, incluida la reglamentaria, tenga y encuentre su origen en la norma constitucional o legal que la crea. La bibliografía, al respecto, es bastante numerosa, imposible de recoger íntegramente en el contexto de este trabajo. Baste por ello con remitirse, entre nosotros, al trabajo de BALLBE —uno de los primeros en destacar esa transformación en la concepción misma de la legalidad, tal como se ha reconocido por la doctrina posterior—, voz *Derecho Administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», tomo I, Barcelona, 1950, pp. 63 y ss.; y a la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA en colaboración con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1.ª edición, 1974; 3.ª ed., 1979, y reimp., 1982, pp. 203 y ss.

cierta confusión entre supuestos tan radicalmente opuestos como el Reglamento independiente y el Reglamento autónomo (16).

Ahora bien, el principio de legalidad así formulado (exigencia de previa y puntual habilitación legal en toda potestad administrativa que conlleva a rechazar la posibilidad de Reglamentos independientes, en el sentido de normas reglamentarias sin específica y puntual cobertura legal previa), por una serie de razones históricas suficientemente estudiadas y en las que no voy a detenerme ahora, va a quedar excepcionado cuando la potestad reglamentaria se proyecte en el campo de las materias administrativas, es decir, en el ámbito propio de las materias organizativas y también en el de las llamadas «relaciones de supremacía especial» o «relaciones especiales de sujeción».

Cierto es que no faltan precisiones y matices a la exclusión y quiebra, en esos ámbitos, del fundamental principio de legalidad que, por lo demás, no dejan de suscitar, a su vez, reacciones y críticas en sentido contrario a una extensión total y global —y en su sentido más riguroso— del principio de legalidad a toda la actividad administrativa. Baste así con recordar, por ejemplo, la conocida y brillante tesis de D. JESCH, según la cual la idea de un campo o ámbito de acción de la Administración «libre de ley», no necesitado, por tanto, de espe-

(16) En efecto, no siempre la terminología ha sido muy cuidada en este concreto aspecto, propiciándose en ocasiones el uso alternativo de las expresiones Reglamento independiente o Reglamento autónomo, como si de una misma figura se tratara. *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, VILLAR EZCURRA: «Materias reservadas y Constitución española», en el *vol. colectivo, La Constitución...*, *op. cit.*, III, p. 2071, que para referirse en realidad al Reglamento independiente utiliza la expresión Reglamento autónomo... «... podría llegarse a la conclusión de que la única puerta abierta que deja la Constitución a la autonomía del Reglamento se vincula, exclusivamente, a la "potestad doméstica" de la Administración». También GARRIDO FALLA: «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», en el *vol. colectivo, La Constitución...*, *op. cit.*, I, página 40, que afirma: «En nuestro Derecho habrá, pues, que contar con las tradicionales especies de reglamento: el autónomo o independiente y el ejecutivo», y ello a pesar de que claramente explica el autor cómo finalmente en nuestra Constitución se rechazaría explícitamente una reserva reglamentaria; o el propio BASSOLS COMA: *Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución*, en el núm. 87, de esta Revista (1978), p. 150, cuando aduce que «no existe la posibilidad de un Reglamento independiente, al margen de toda habilitación legal, por no existir unas materias reservadas al Ejecutivo y por la prevalencia absoluta de la Ley». Evidentemente, se está manejando, en este último caso, una argumentación adecuada para negar el Reglamento autónomo —que se vincula necesariamente a la existencia de una reserva reglamentaria constitucionalizada, ámbito en que quiebra hasta el mismo principio de primacía de la Ley, tal como sucede en el Ordenamiento jurídico francés—, pero no el Reglamento independiente, que penderá única y exclusivamente, en mi opinión, de la amplitud dada por la Constitución al principio de la reserva de Ley.

cificas y puntuales habilitaciones *ex lege*, es una idea procedente y concretada en las monarquías constitucionales, en la cual «no estaban sometidas a reserva legal todas las medidas administrativas, sino sólo aquellas que se hallaban comprendidas dentro del marco de la relación de sujeción general» (17); sin embargo, a juicio del citado autor, esa concepción de la legalidad de la reserva de ley es totalmente insatisfactoria en el vigente sistema constitucional de los Estados parlamentarios democráticos, y de ahí que llegue a afirmar que de la transformación de la estructura constitucional del Estado —del paso de las monarquías constitucionales a los actuales sistemas parlamentarios democráticos— debe seguirse una nueva concepción que, aun no encontrando un apoyo suficientemente definitivo en el artículo 20-3.º de la GG, se justificará en ese cambio operado en la estructura constitucional del Estado (en este caso de la República Federal Alemana), en cuanto que «el Parlamento, a diferencia de lo que sucediera con la monarquía constitucional, ya no limita la libertad natural del Ejecutivo en el ámbito del Gobierno y de la Administración, sino que le confiere las facultades necesarias para obrar, facultades de las cuales carecería sin un apoderamiento legal», con lo que, a su juicio, «allí donde el legislador puede obrar, donde son posibles regulaciones jurídicas han de ser dictadas tales regulaciones, pues sin las mismas el Poder Ejecutivo carece de facultades» (18).

Tesis sugerente y bien construida que no ha dejado de tener cierto eco en la doctrina española, ya desde los años sesenta, pero que, sin embargo, no deja de suscitar objeciones, y así han sido formuladas en la propia doctrina alemana, entre las que quizá destaque la que ya tempranamente formulara BULLINGER, afirmando que de la transformación de la estructura constitucional, del argumento democrático, pueden extraerse consecuencias contrarias a las que llega Jesch; ya que superada la concepción de la Administración como un «bien particular», como un patrimonio del monarca fuera del influjo parlamentario, en la actualidad, en el Estado democrático, «también la Administración está indirectamente legitimada democráticamente» (19). A través del examen de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 22

(17) D. JESCH: *Gesetz und Verwaltung*, obra traducida al castellano con el título *Ley y Administración (Estudio de la evolución del principio de legalidad)*, IEA, Madrid, 1978, pp. 1 y ss.

(18) *Ibidem*, p. 220.

(19) *Vid.* su libro *Vertrag un Verwaltungsakt*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1962, pp. 93-94.

de la GG, BULLINGER entiende, pues, que el Ejecutivo recibe constitucionalmente un «mandato administrativo general» (*allgemeinen Verwaltungsauftrag*), el cual no siempre necesitará de una previa autorización legal, entre otras razones, además, porque «una total reserva de ley para la Administración con ayuda de consideraciones de democracia radical entraría en conflicto con el principio constitucional de la separación de poderes» y porque, en definitiva, la Administración no puede quedar degradada a ser «un obtuso receptor de mandatos del legislativo» (20).

Pues bien, lo de menos en este momento es entrar en este tipo de polémicas, más o menos fundadas. Lo que sí parece necesario destacar es que hay que, cuando menos, relegar a un segundo plano este tipo de análisis, para proceder a examinar, ante todo, y primeramente, las previsiones al respecto contenidas en el texto constitucional. A mi modo de ver, no puede liquidarse, por ejemplo, el problema de la posible existencia o no de una potestad reglamentaria independiente recurriendo a argumentos del tenor de los expuestos que pueden conducir a resultados bien divergentes según la perspectiva y el punto de vista que *a priori* se adopta. En este sentido, no deja de tener razón STARCK, en la propia doctrina alemana, cuando ha afirmado que análisis del tipo de los referidos, que conducen a diferentes concepciones del principio de legalidad, aun partiendo de similares premisas —cambio o transformación de la estructura constitucional del Estado—, suponen en realidad un abandono de las bases del trabajo jurídico-dogmático para dar paso a «actitudes personales “irracionales”, proclives, bien al Parlamento, bien a la Administración»; y ello porque —añade el citado autor— «hay una carencia de sustancia normativa del principio democrático (tanto el principio democrático como el de la división de poderes son de suyo indeterminados y abiertos a interpretaciones enteramente distintas, debiendo ser la Constitución en sus normas la que dé respuesta pormenorizada). Y lo mismo puede decirse —apóstilla STARCK— de aquellos que de antemano afirman que el principio de legalidad representa algo irremisiblemente accesorio respecto de la estructura constitucional» (21).

Quiero con ello llamar la atención, en fin, sobre la escasa consistencia y fundamento tanto de aquellas posiciones que, sin un análisis

(20) *Ibidem*, pp. 95 y 94, respectivamente.

(21) *Vid.*, *El concepto de Ley en la Constitución alemana*, trad. al castellano, CEC, Madrid, 1979, pp. 397 y 398.

pormenorizado del texto constitucional, afirman sin más, en base a la construcción tradicional que ha llegado hasta nosotros del principio de legalidad, que, cuando se trata de ámbitos materiales relativos a lo puramente organizativo, a las relaciones especiales de supremacía y también a la actividad prestadora de la Administración (actividad ésta que no se traduce en limitaciones —todo lo contrario—, a la libertad o la propiedad —según la clásica fórmula—) no es precisa la previa cobertura legal de la acción administrativa, teniendo, en consecuencia, un ámbito propio el Reglamento independiente —aun cuando ello para nada, deba afectar al principio de primacía normativa de la Ley, pudiéndose dar, por ello mismo, tanto al fenómeno de la congelación del rango normativo como el de signo opuesto de la deslegalización—, como, a la inversa, de aquellas otras posiciones que, en base a argumentos generales del tipo de los señalados a modo ejemplificativo, concluyen por afirmar —aunque en muchos casos se trate de eso, de una pura y simple afirmación que no encuentra ni puede encontrar adecuado reflejo en la praxis— que toda actuación normativa o meramente ejecutiva de la Administración debe contar con un previo apoderamiento legal, y ello aun en los tradicionales ámbitos excluidos de dicha exigencia (22).

(22) Por ejemplo, aun participando de la finalidad perseguida, no deja de suscitarme ciertos reparos la argumentación central que desarrolla SALAS HERNÁNDEZ en su comentario jurisprudencial titulado *Reglamentos de servicios públicos y elementos normativos desgajados de los mismos (Algunas reflexiones sobre su respectivo contenido y límites)*, en «REDA», núm. 21 (1979), pp. 262 y ss., a propósito de las dudas que manifiesta en cuanto a la posibilidad de la existencia de los llamados Reglamentos independientes, basándose para ello, en esencia, en que «la Administración en un sistema de democracia parlamentaria es, jurídicamente hablando, auténtico poder ejecutivo, sin que exista a su favor presunción alguna de competencia...», acogiéndose sin más, en suma, a la apuntada tesis de D. JESCH. E igualmente, SALA ARQUER: «Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de 1978», en el *vol. colectivo, La Constitución...*, op. cit., tomo III, pp. 1771 y ss., partiendo apriorísticamente de una determinada concepción de la legalidad y de la reserva de Ley como principios efectivos para la garantía de los derechos de los ciudadanos, a la cual pretende acomodar luego la regulación constitucional. De esta manera, la existencia de una reserva de Ley absoluta se querrá ver en la supremacía del Parlamento (art. 66 de la Constitución); supremacía que, junto a la tesis de JESCH del cambio de la estructura constitucional, a la que se acoge el autor sin mayores reparos, fundamenta, en su opinión, la existencia de una reserva total de Ley en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, aunque esa remisión a la tesis de JESCH encuentre efectivamente plena coherencia con el propio devenir de nuestro régimen constitucional, ya se ha indicado cómo el «argumento democrático» no ha dejado de ser objeto de polémica en la propia doctrina alemana, mostrándose así que el problema es lo suficientemente complejo como para no poder concluir, por esta vía argumental en exclusiva, en la necesidad absoluta de específicas y puntuales habilitaciones legislativas a la Administración, siempre y en todo caso. Pero

Precisamente por seguir perviviendo entre la doctrina viejos criterios de exclusión— con todos los matices que se quiera—, al margen del examen pormenorizado de las cláusulas de reserva legal contenidas en el texto constitucional, tengo la impresión que se están propiciando conclusiones tan descabelladas como la de la sentencia que nos ocupa, a la vez que reacciones de signo contrario —más justificadas, no obstante—, pretendiendo negar la más mínima posibilidad de actuación a la potestad reglamentaria sin previo, puntual y concreto apoderamiento legal, trátase del ámbito material que sea sobre el que aquélla pueda proyectarse. Con una advertencia, además, que no debe dejarse de destacar con relación a esas posiciones potenciadoras a ultranza del principio de legalidad, exigiendo siempre y en todo caso el previo y específico apoderamiento legal, y que nos reconduce al problema de la concreta operatividad y efectividad de esos apoderamientos o habilitaciones. Porque si los mismos no reúnen un mínimo de precisión, limitándose a apoderar «en blanco» a la Administración, el principio de legalidad en el sentido indicado ciertamente se habrá respetado, pero no menos cierto será que su funcionalidad misma quedará vaciada de contenido. Se tratará, en suma, de mantener el principio por el principio, y es aquí donde debe reflexionarse detalladamente, valorando con objetividad si en el actual estadio del Estado intervencionista, prestador de servicios de manera creciente a los ciudadanos, etc., en definitiva, en el clima del actual Estado social, el Parlamento puede, en efecto, acometer una tarea de la envergadura a la que conduciría exigencia tan rigurosa.

Sin perjuicio, pues, del resultado último al que pueda llegarse tras el análisis e interpretación de las previsiones constitucionales, no deja de parecerme capital el que se destaque las dificultades que plantea una consecuencia como la que, por vía de análisis general sobre la base del significado del paso a un Estado democrático parlamentario, algún sector doctrinal viene defendiendo. Lo cual, añadiré, no significa ni debe significar un relajamiento de las exigencias consustanciales a todo Estado de Derecho como las de primacía de la Ley

es que, además, no parece correcto recurrir al argumento del cambio de la estructura constitucional para seguir manteniendo el criterio de una absoluta y total reserva de Ley cuando, tras el correspondiente análisis positivo de la Constitución, se llega a la conclusión —tal es el caso precisamente de SALA ARQUER, *loc. cit.*, pp. 1785 y ss.—, de que determinadas materias, fundamentalmente los «derechos» contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, no quedan *constitucionalmente* cubiertos por la reserva de Ley.

y control por el propio legislativo —y no sólo control judicial *a posteriori*— de la acción administrativa. Una estricta adecuación de las exigencias de previa Ley habilitante de toda potestad y acción administrativa a las posibilidades reales de acción del Parlamento me parece, pues, como criterio general, un criterio que no debe perderse de vista. Precisamente, entre otras razones, para evitar la proliferación de cláusulas habilitantes «en blanco», vacías de contenido, que, insisto, salvan el principio por el principio, pero que no colaboran en nada a enmarcar anticipadamente la acción administrativa, máxime cuando ésta se proyecta en ámbitos materiales en los que sí es decisiva esa previa Ley que marque y trace las directrices generales de actuación.

Dicho lo cual, no obstante, si ya de entrada es descalificable que el Tribunal Supremo siga de continuo acogiendo y manejando criterios como el de la «relación de supremacía especial», a fin de justificar *a priori* determinadas normas reglamentarias independientes al margen de su específico contenido, en el caso de la sentencia que se examina resulta tan evidente y palmario que el Decreto 554/1974 incide directamente en ámbitos reservados a la Ley que no creo preciso insistir en ello. Por lo demás, la propia doctrina que llega a admitir la quiebra del principio de legalidad, en el sentido expuesto, en confrontación con la potestad reglamentaria de la Administración en el ámbito de lo organizativo y de las relaciones de supremacía especial, no dudan, en general, en señalar que ello es así siempre que esa potestad no incida o afecte a los derechos básicos de los interesados (23). No se trata, pues, de incidir en tonos críticos en una doctrina jurisprudencial que se descalifica por sí misma, sino de recalcar, al hilo de la misma, que no parece conveniente ni oportuno seguir hablando de las materias organizativas y de las relaciones especiales de sujeción como ámbitos materiales que *per se* y atendiendo a su propia naturaleza quedan, en principio, excluidos de la exigencia de previa Ley para que en los mismos pueda intervenir la Administración

(23) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 191: «Un Reglamento independiente de la Ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo, como mucho, en las mismas, los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial, y ello siempre que no afecten a los derechos básicos de los interesados. El Reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la Administración que implique definición "abstracta" (desde la posición de supremacía general poder público-ciudadanos) de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la Ley, como veremos.»

normativamente con independencia de la Ley. Puede ser que a esa misma conclusión se llegue tras el minucioso y detallado análisis e interpretación del texto constitucional y de la determinación de la amplitud constitucional de la reserva de ley, pero siempre se tratará de una conclusión *a posteriori* que evitará el apriorismo de calificar una situación jurídica concreta como situación enmarcada en una «relación de supremacía especial» para de ahí hacer derivar automáticamente la consecuencia ya conocida (quiebra del principio de legalidad y posibilidad del Reglamento independiente). Como tampoco parece justificado, repito, el pretender deducir, sin más, de la estructura constitucional democrático-parlamentaria del Estado la consecuencia contraria de una plena y absoluta reserva de ley, y negar de entrada, por ello mismo, la posibilidad del Reglamento independiente.

3. Como se recordará, el Decreto 554/1974, de 1 de marzo, estableció en su artículo 22 que «el incumplimiento en cada sucursal o agencia de lo dispuesto en el presente Decreto podrá tener la consideración de desobediencia a las decisiones dictadas por la Autoridad para garantizar la seguridad y el orden público, y será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Orden Público 45/1959, de 30 de julio, reformada por la Ley 36/1971, de 21 de julio». En base precisamente a este precepto, la Administración ha venido imponiendo diversas multas a aquellas Entidades que no habían observado las medidas de seguridad y vigilancia exigidas, lo cual, curiosamente, se ponía en evidencia a consecuencia de haber sufrido algún robo o atraco.

La jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre esta cuestión, que, como antes se señalaba, cuestiona la legalidad misma de esa potestad sancionatoria prevista en la citada normativa —y reiterada en el Decreto 2133/1977— y la tipificación de la conducta sancionable.

En efecto, ya anteriormente se anunció cómo en la sentencia de 11 de junio de 1980, ponente, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ (Ar. 3177), ante la primera de las alegaciones de la Entidad Bancaria recurrente contra la sanción que le había sido impuesta por la Administración (dado que, con ocasión de un atraco que dicha entidad sufriera, se comprobó que no había observado todas y cada una de las medidas de seguridad impuestas por el Decreto 554/1974), consistente en estimar nulo de pleno derecho el acto sancionador por serlo a su vez el citado artículo 22, el Tribunal Supremo va a echar mano una vez más del criterio

del orden público como legitimador de la adecuación a derecho del precepto cuestionado.

Nada nuevo, pues, que añadir a la referida sentencia, a no ser el hecho de que la misma —obsérvese bien— se dicta tras la entrada en vigor del texto constitucional de 1978, en cuyo artículo 25, por si hubiere alguna duda, se sanciona definitivamente el principio de legalidad —reforzado, incluso, por la exigencia de Ley Orgánica, tal como se señalará más tarde— en las sanciones administrativas. Principio de legalidad cuya primera consecuencia no puede ser otra que la necesidad e ineludible concurrencia de Ley previa en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Ciertamente es que los hechos que dieron origen a la multa recurrida se habían producido con anterioridad a la aprobación del texto constitucional —al igual que en las restantes sentencias que se examinarán seguidamente—, razón por la cual el caso de autos se debía resolver con arreglo a la normativa vigente en aquel momento, tal como puntualizaría el Tribunal Supremo en el considerando 5.º de la sentencia (24). Pero no menos cierto es, igualmente, que para el Tribunal Supremo no parece plantear problemas de compatibilidad la tesis a la que se acoge —el «orden público»—, y las consecuencias que de ella hace derivar, con las exigencias del texto constitucional de 1978, y, mucho menos, con el ordenamiento preconstitucional aplicable al asunto, lo cual, indudablemente, aparece privado de fundamento en la medida en que, aun con relación a este último (básicamente, Ley Fundamental Constitutiva de las Cortes, Fuero de los Españoles, Ley Orgánica del Estado, y, especialmente, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Código Penal y Ley de Procedimiento Administrativo), norma-

(24) Dice así:

«Ciertamente es, finalmente, que las normas deberán interpretarse con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3-1.º del C. c.)..., pero no lo es menos... que es función de esta Jurisdicción el determinar si el actuar administrativo era o no conforme a Derecho en la fecha en que se produjo, sin plantearse conformidades o disconformidades jurídicas respecto de normas posteriores, cuya aplicabilidad no venga impuesta por la existencia de retroactividad, expresa o implícita, que en el caso no se da.»

La doctrina parece clara, en efecto. Por su parte, a esta cuestión, entre otras, se ha referido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 7 de mayo de 1981, dictada en recurso de amparo promovido por la Caja de Ahorros de Sabadell, tal como se comentará más adelante.

tivamente estaba clara igualmente esa misma exigencia de cobertura legal previa de toda sanción administrativa.

A pesar de todo ello, pues, la cláusula de orden público y la remisión que el propio artículo 22 del Decreto 554/1974 hace a la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, sirve al Tribunal Supremo para confirmar la legalidad de la norma reglamentaria discutida:

«Que constituyendo el fundamento del orden público el normal funcionamiento de las instituciones, el mantenimiento de la paz interior y el libre ejercicio de los derechos, según establece el artículo 1.º de la Ley de 30 de julio de 1959, a cuyo efecto el artículo 3.º de la misma encomienda al Gobierno y más concretamente al Ministerio de la Gobernación velar por él adoptando cuantas medidas sean necesarias para ello en el ámbito de sus atribuciones, haciendo uso al efecto de la facultad reglamentaria ordinaria y, en su caso, de la prevenida en el artículo 3.º de la mencionada Ley, es claro podían adoptarse las medidas contenidas en el Decreto de 1 de marzo de 1974 que se examina, con el fin de evitar, mediante ellas, la comisión de robos en bancos y entidades de crédito...» ... «(y) no puede citarse precepto alguno de rango legal que prohíba las medidas contenida en el Decreto que aparece, así como un reglamento dictado dentro del ámbito de la potestad reglamentaria, tal y como ella se hallaba concebida en las Leyes Fundamentales...», «... no ofreciendo duda, siquiera, el artículo 22 del citado Decreto, ya que él solo hace perfilar como posible desobediencia a la autoridad gubernativa el incumplimiento de las normas en el Decreto contenidas a efectos de su subsunción en el apartado h) del artículo 2.º de la LOP, donde se regula la citada desobediencia como acto contrario al citado orden...»; y ello hace que no pueda estimarse infringido el artículo 27 de la LRJ... «(ya que) el precepto reglamentario sólo hace concretar la aplicación de un precepto y aun ello no con la debida nitidez (*sic!*), que en todo caso lo sería aunque él no existiera (*sic!*), si en la realidad se da el supuesto de desobediencia referenciada.»

La doctrina recogida en el considerando que acaba de transcribirse es, reitero, de todo punto inaceptable, en línea con las sentencias antes examinadas de 5 de febrero de 1973 y 25 de junio de 1974.

No obstante, la sentencia que se comenta terminará por anular la resolución administrativa por la que se impuso a la recurrente la multa de un millón quinientas mil pesetas. El Tribunal Supremo estimará que en el caso de autos no concurrían todos los requisitos del ilícito, y, singularmente, el de voluntariedad para considerar el incumplimiento de la entidad recurrente —no haber procedido a organizar las medidas de seguridad, previstas— como acto o conducta sancionable. De esta manera, mientras que inicialmente se afirmará que,

«... debe tenerse en cuenta que para que exista acto sancionable con arreglo al apartado h) de la Ley de Orden Público es necesario que se dé una verdadera y auténtica desobediencia a las órdenes de la autoridad, no bastando tan sólo la pasiva resistencia al cumplimiento de las mismas que es, en realidad, lo sucedido en el caso de autos...».

seguidamente se concluirá que no es obstáculo a ello,

«... el que en las infracciones administrativas se presume normalmente la voluntariedad y en realidad se esté regularmente al resultado objetivo de la infracción, por cuanto tal doctrina se halla establecida con carácter general y no para casos como el de autos, que precisan del establecimiento de instalaciones y contratación de personal específico, para cuya consecución se necesita tiempo adecuado, no pudiendo estimarse tal el transcurrido desde la vigencia del texto reglamentario hasta la constatación de los hechos con motivo de la comisión de un robo a mano armada en una agencia provincial murciana, máxime teniendo en cuenta que la materia había originado reuniones con las autoridades de seguridad para obviar las dificultades surgidas en el cumplimiento de lo ordenado genéricamente, y no consta que dichas autoridades conminaran respecto a este caso a la entidad bancaria con las sanciones prevenidas por

el texto reglamentario si lo ordenado por éste no era ejecutado, pues si bien esta práctica no siempre es necesaria, en esta ocasión sí lo era, dado el contenido del texto del artículo 22 del Decreto donde la palabra "podrá" indica una posibilidad a discernir en función de las circunstancias y las constatadas en el caso no determinan la existencia de materia sancionable, al no darse el específico dolo de resistencia que el tipo de infracción exige.»

En consecuencia, la sentencia anula la multa impuesta por no concurrir el requisito de la voluntariedad en la desobediencia a las decisiones dictadas por la Administración para garantizar la seguridad y el orden público, contenidas en el Decreto 554/1974, faltando, por tanto, la correspondiente antijuridicidad en la acción de la sancionada.

En mi opinión, si bien el resultado final parece satisfactorio, la argumentación del Tribunal Supremo no deja de adolecer de ciertos defectos. Fundamentalmente, el mayor reparo que puede hacerse es que el Tribunal en momento alguno cuestiona la legalidad del Decreto que habilita a la Administración con esa potestad sancionatoria y la propia tipificación, si es que así puede llamarse, de la conducta sancionable, entendiéndolo, antes bien, de manera manifiestamente incorrecta, que en realidad el artículo 22 del Decreto en cuestión no sería sino una «concreción» del apartado h) del artículo 2.º de la LOP que, entre otros, considera como acto contrario al orden público el «excitar al incumplimiento de las normas relativas al orden público y la desobediencia a las decisiones que la Autoridad o sus Agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo». Tal interpretación, como digo, me parece totalmente infundada —más adelante, y a propósito de la sentencia de la misma Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1982, de signo radicalmente contrapuesto, se justificará cumplidamente tal afirmación—, y el hecho es que, a pesar de anular la resolución imponiendo la multa, el principio y fundamento de la legalidad del artículo 22 queda totalmente a salvo, de manera que concurriendo unas circunstancias distintas, o mediando, sencillamente, una apreciación diversa de las mismas, ningún óbice habría para confirmar la legalidad del acto sancionador. No otra cosa es lo que sucede, en

fin, en las sentencias de 27 de octubre de 1980, ponente, MARTÍN DEL BURGO (Ar. 3955); 9 de diciembre de 1981, ponente, DELGADO-IRIBARRÉN NEGRAO (Ar. 2399), y 11 de mayo de 1982 (Ar. 3324), siempre ante *litis* totalmente idénticas a la anteriormente expuesta.

Frente a las alegaciones de ilegalidad del artículo 22 del Decreto 554/1974 (lo mismo podría afirmarse respecto de los artículos 19 y 17 de los Reales Decretos 2113/1977 y 1084/1978, respectivamente, que sustituyeron a aquél), por vulnerar el artículo 26 de la LRJ en relación con los artículos 28 de la misma Ley y 47 de la LPA —en cuanto que el citado artículo 22 establece una figura que amplía las conductas contrarias al orden público, susceptibles de sanción-multa administrativa, infringiéndose con ello el principio de legalidad y de la reserva de Ley (art. 27 de la LRJ)—, el Tribunal Supremo contrariamente entenderá en la sentencia de 27 de octubre de 1980 que,

«... la legalidad del Decreto 554/1974, de 1 de marzo y de la Orden que lo desarrolla, de 1 de abril del mismo año, radica en el hecho de que no constituyen una normación fundante de las sanciones que pueden ser impuestas a través del mismo, sino simplemente una disposición especificativa, en un ámbito concreto, del precepto genérico contenido en el artículo 2-h) de la Ley de Orden Público 45/1959, de 30 de julio, no alterada en este punto por la Ley reformadora de 21 de julio de 1971».

Es de notar que esta sentencia de 27 de octubre de 1980, que revocaría la sentencia de instancia de la Audiencia Nacional que había estimado inicialmente el recurso de la Caja de Ahorros de Sabadell (sancionada con una multa de un millón de pesetas a consecuencia de un robo a mano armada perpetrado a una camioneta que transportaba fondos sin cumplir las medidas de seguridad, establecidas en el Decreto 554/1974, de 1 de marzo y en la Orden de 1 de abril de 1974), sería recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual fallaría desestimando el recurso en sentencia de su Sala Segunda, de fecha 7 de mayo de 1981, ponente, don Plácido FERNÁNDEZ VIAGAS («BOE» de 21 de mayo de 1981).

Pues bien, es de interés recordar algunas de las afirmaciones del Tribunal Constitucional a propósito de este recurso de amparo en cuanto que, aun desestimándolo, en mi opinión, no dejan de traslucir

la posible ilegalidad de toda esta normativa meramente reglamentaria que materias tan claramente reservadas a la Ley viene regulando. Ciertamente, de la denegación del amparo solicitado no puede concluirse que los referidos preceptos no presenten tacha alguna de ilegalidad. Por lo demás, el planteamiento del recurso de amparo no era sencillo, en efecto, porque la resolución administrativa sancionadora de la Dirección General de Seguridad, de fecha 10 de octubre de 1976, confirmada en alzada por el Ministerio de la Gobernación el 10 de marzo de 1977, se había producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no pudiendo, en consecuencia, incurrir tales resoluciones en violación alguna del texto constitucional, inexistente por aquel entonces. Esto mismo forzará a que la demandante alegue la violación del artículo 25-1.º de la Constitución (derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracciones administrativas, según la legislación vigente) por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1980, en cuanto que, al revocar la precedente sentencia de la Audiencia Nacional anulatoria del acto sancionador, había hecho renacer al mundo jurídico la sanción inicial, y teniendo en cuenta, además, que la apelación que más tarde se hizo por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo no suspendió los efectos de la sentencia de instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6-3.º del Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977. El planteamiento de la demanda no era, pues, repito, sencillo, ni fácil, y el Tribunal Constitucional lo rechazaría, estimando en su *Fundamento Jurídico* 3 lo siguiente:

«La Sala no puede compartir esta tesis de la demandante, ni aceptar que este recurso se considere como un caso del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de violación de derechos y libertades que tuvieran su origen inmediato y directo en el acto u omisión de un órgano judicial, con independencia del efecto de esta violación respecto al éxito o al fracaso de la pretensión deducida en el proceso en que aquélla se produjo. En efecto, el supuesto contemplado en el artículo 44 es el del acto u omisión producido en el procedimiento y que atenta contra los derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional, por sí mismo, sin conexión con el objeto del pleito. En el caso presente, sucede

al contrario: que la denunciada violación se atribuye al hecho de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo decretó que las resoluciones administrativas que impusieron la sanción están ajustadas a derecho, es decir, se hace coincidir exactamente con el objeto de la controversia que se ventiló en el proceso en que recayó la sentencia.

Aquí se trata, en realidad, de un recurso amparado en el artículo 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, porque, al citar como infringido el artículo 25.1 de la Constitución, se invoca el principio de reserva de Ley y, por tanto, ya sea que la violación se entienda producida por el Decreto que sirvió de base a la imposición de la sanción o por el acto administrativo de aplicación del citado Decreto, se invoca en todo caso la inconstitucionalidad de éste, pero en ningún caso supondría una violación del orden constitucional producido inmediata y directamente por el órgano judicial.»

El Tribunal Constitucional afirma, por tanto, que el recurso de amparo interpuesto lo es, en realidad, contra la resolución administrativa que impuso la multa a la Caja de Ahorros de Sabadell, afirmación a partir de la cual difícilmente podría estimarse el recurso de amparo solicitado, en cuanto que no se estaría ventilando en el caso de autos la posible lesión de un derecho fundamental preconstitucional por la acción administrativa recurrida, anterior a la entrada en vigor de la Constitución, sino la posible aplicación retroactiva del principio de reserva de Ley recogido en el artículo 25-1.º de la Constitución, lo que, como puntualiza en el *Fundamento Jurídico* 6.º,

«... supondría, al parecer de la demandante, una retroacción «in bonus» que no puede considerarse contradictoria con el principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras restrictivas de derechos individuales, ni con el principio de la seguridad jurídica que, precisamente, se opone a que alguien pueda ser sancionado por conducta que no haya sido previamente tipificada de antijurídica por una Ley formal».

Posibilidad que es negada, finalmente, en base al siguiente *Fundamento* 7.º de la sentencia:

«La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento a “contrario sensu” en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las no favorables o restrictivas de derechos individuales. No es, pues, invocable, en vía de amparo, reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 161.b y 53.2 de la misma y 41 y concordantes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por otra parte, tampoco cabe trasladar esta retroactividad en lo favorable al principio mismo en que así se declara. El “principio de legalidad” que se traduce en la “reserva absoluta” de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada. Y no vale decir que alguna jurisprudencia ha tenido presente a la Constitución para juzgar hechos acaecidos con anterioridad a su promulgación. Sin entrar a discernir los efectos que tal doctrina pudiera tener sobre la que este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, haya de establecer, lo cierto es que “tener presente” las declaraciones constitucionales a los meros efectos dialécticos y por abundancia argumental, no significa que el caso se decida con arreglo a tales criterios. Especialmente, la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto que es una jurisdicción revisora, debe configurar, para cada caso, el marco de legalidad en el cual debe ser revisado y que es el que está en vigor en el momento de dictarse el acto o disposición, lo que no significa que los órganos de dicha jurisdicción no puedan reconocer la retroactividad de una norma posterior y su aplicación en este marco, por otra parte inmutable, de legalidad. Esto es lo que hacen algunas de las sentencias que cita la demandante.»

El recurso es, por tanto, desestimado, y bien puede decirse que, sin entrar ahora en la corrección técnica de la argumentación de la sentencia, el resultado final no deja de producir cierta insatisfacción, máxime a la luz de la más reciente jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, tal como veremos en seguida. Verdaderamente, el punto crucial, al margen del planteamiento que la demandante hiciera, seguramente por considerar inviable que el recurso pudiera prosperar por esa vía, se circunscribía a determinar si la vía de amparo constitucional para la tutela efectiva actual de un derecho constitucional sustantivo cuya violación había sido iniciada antes de la entrada en vigor de la Constitución, tal como sucedía en el caso de autos, era o no factible. Extremo, como digo, verdaderamente capital sobre el que el Tribunal Constitucional afirmará expresamente no entrar por no ser preciso (*Fundamento Jurídico 8*), si bien, de hecho, indirectamente concluirá negando tal posibilidad, al estimar que, aun cuando bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales del régimen anterior, los delitos, faltas e infracciones administrativas pudieran ser materias reservadas a la exclusiva competencia de la Ley —extremo sobre el cual el Tribunal Constitucional obviamente no se pronuncia—,

«... el principio de "reserva de Ley" no era un principio constitucional, en el momento de dictarse las resoluciones administrativas, no procede el amparo solicitado; aun cuando tales resoluciones fueran ya entonces contrarias a la Ley, según sostuvo la Audiencia Nacional; aspecto sobre el que no procede que nos pronunciemos» (*Fundamento Jurídico 8, in fine*).

Por esa vía indirecta, razonando que los principios recogidos en las Leyes Fundamentales del régimen anterior obviamente no eran «principios constitucionales», parece claro, en fin, que el Tribunal Constitucional está negando que el recurso de amparo pueda extenderse a actos o resoluciones administrativas dictadas bajo la cobertura, en última instancia, de aquellas Leyes Fundamentales, en suma, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Sólo la posible retroactividad de la Constitución misma, y concretamente, de su artículo 25-1.º, podía haber determinado un fallo diverso al desestimatorio, si bien tal posibilidad es absolutamente negada en base al argumento un tanto riguroso de la concreta ubicación sistemática del

artículo 9-3.º de la Constitución que lo hace insusceptible de invocación en vía de recurso de amparo.

El resultado final, pues, tal como se anticipaba, no deja de suscitar alguna duda desde el punto de vista de la justicia material alcanzada, máxime cuando el Tribunal Supremo rectificará posteriormente su actitud y terminará por admitir la ilegalidad del artículo 22 del Decreto 554/1974 por falta de cobertura legal e infracción del principio de legalidad y, en consecuencia, anulará los actos sancionadores recurridos.

Por su parte, las sentencias ya citadas de 9 de diciembre de 1981 (Ar. 2399) y de 11 de mayo de 1982 (Ar. 3324) seguirán en la misma línea de entender que la normativa cuestionada (Decreto 554/1974) «se desenvuelve dentro del ámbito propio de las facultades gubernativas para establecer medidas de policía encaminadas a proteger la seguridad pública, en garantía de los intereses generales» (25) y que el artículo 22 del Decreto 554/1974 no es sino una especificación del artículo 2.h) de la LOP, con lo que, en todo caso, no habría lugar a entender

(25) La frase entrecomillada corresponde a la Sentencia de 9 de diciembre de 1981, en cuyos dos considerandos centrales se afirma:

«Que, conforme se alega por el señor Abogado del Estado en el presente recurso de apelación, es abundante la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo que consagra y reitera la doctrina de que el Decreto citado, en cuanto impone a determinadas entidades el establecimiento de medidas preventivas de seguridad, y sanciona la infracción de sus preceptos, es perfectamente legal, dado que se desenvuelve dentro del ámbito propio de las facultades gubernativas para establecer medidas de policía encaminadas a proteger la seguridad pública, en garantía de los intereses generales, pudiendo citarse, entre otras muchas, las Sentencias de 7 y 25 de febrero y 6 de marzo de 1977, en las que se afirma el principio básico de que el mantenimiento del orden público, fin esencial de la norma reglamentaria de que se trata, es una función indeclinable de la Administración.»

«Que con arreglo a este criterio, que esta Sala comparte plenamente, no es cuestionable la vigencia, ni la legalidad, del Decreto citado en los aspectos que aquí se debaten debiendo significarse que no cabe afirmar que la remisión a la Ley de Orden Público constituye una extensión de los supuestos tipificados en ella, dado que tal remisión se refiere únicamente a la cuantía de las sanciones y competencias de las autoridades llamadas a imponerlas, pero con relación a supuestos de hecho claramente definidos como faltas reglamentarias y dentro del ámbito de la potestad administrativa correspondiente.»

que se había tipificado una nueva sanción sin previa cobertura legal (26).

Ahora bien, esta jurisprudencia, verdaderamente insostenible, parece haber encontrado finalmente su contrapunto en tres sentencias de la misma Sala 4.^a de fechas 5 de mayo de 1982, ponente, MARÍN RUIZ (Ar. 3979); de 10 de mayo de 1982, ponente, MARTÍN MARTÍN (Ar. 3153), y de 19 de mayo de 1982, ponente, DELGADO-IRIBARREN NEGRAO (Ar. 3989), todas ellas estimatorias de los recursos interpuestos y manteniendo una línea que parece predecir un cambio decidido en las tesis que sistemáticamente, como hemos visto, han venido confirmando la legalidad de las sanciones-multas impuestas por la Administración (27).

(26) En la Sentencia de 11 de mayo de 1982, frente a las alegaciones de la recurrente de que el artículo 22 del Decreto 554/1974, de 1 de marzo, vulnera los artículos 26 y 27 de la LRJ, siendo, por tanto, nulo de pleno derecho, el Tribunal Supremo estimaría que tal argumento

«... no puede en modo alguno ser acogido, pues al mentar como premisa que ese ilícito administrativo se tipifica reglamentariamente en el precitado artículo 22, se incide en el patente error, por el examen aislado y sólo de algunos de los términos del mismo, de olvidar, por un lado, que en él se hace referencia a «las decisiones dictadas por la autoridad para garantizar la seguridad y el orden público», precisamente por ser esa, según ya se consideraba, la razón finalística de las medidas obligadamente señaladas en el susodicho Decreto, y de otra y armónica parte, el contexto de la Ley de Orden Público y más exactamente su artículo 2, en el que no ya en la cláusula residual del apartado i), sino en el menos indeterminado de los conceptos que contiene ese precepto (*sic!*), se halla prevista como contraria al orden público y configurada como transgresión de esa naturaleza «la desobediencia a las decisiones que la autoridad o sus agentes tomaren para conservarlo o restablecerlo» —apartado h), último inciso—, norma que, sin duda, fue la tenida en cuenta para dictar el íntegro Decreto y en él su artículo 22, en uso precisamente de la falta de apuramiento en aquélla de las notas fácticas definitorias de esa ilícita conducta, o más exacta y técnicamente, con el fin de mediante una apreciación reglada (*sic!*) de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, llenar de contenido el concepto jurídico de desobediencia, cuya imprecisión o indeterminación exige una labor administrativa de subsunción de aquéllas en ésta, en mera aplicación interpretativa de la propia Ley...»

(27) No deja de ser curioso, sin embargo —al margen de ser claro síntoma del probable exceso de asuntos que llegan al Supremo y que están dificultando el que la Jurisprudencia alcance un nivel mínimo de coherencia, cuestión sobre la que bien valdría la pena reflexionar—, no deja de ser curioso, digo, el que al día siguiente de dictarse la Sentencia de 10 de mayo, la propia Sala 4.^a dictara la ya conocida Sentencia de 11 de mayo de 1982, tratándose en ambos casos, como en todos los demás, sobre los que se pronuncian esta serie de sentencias que se están exponiendo, de *litis* total y absolutamente idénticas, con la única particularidad de que en la Sentencia de 10 de mayo los hechos que dieron lugar a la sanción recurrida se produjeron durante la vigencia del

En efecto, en la sentencia de 5 de mayo de 1982, la Sala 4.ª del Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 1979 que había sido apelada por la Abogacía del Estado y en la cual, una vez más, se dilucidaba la legalidad de la multa que el Ministerio del Interior había impuesto a una Caja de Ahorros por carecer de «Vigilantes Jurados», tal como exigía el Real Decreto 2113/1974, hecho, por lo demás, que se había constatado, como siempre, tras haber sufrido dicha Caja de Ahorros un robo a mano armada.

Con gran precisión, la Audiencia Nacional había entendido, de acuerdo con doctrina mantenida con anterioridad por la misma Sala en sentencia de 14 de marzo de 1978 (28) que,

«la acción atribuida a la Caja recurrente no puede encuadrarse en el artículo 2, ap. h) de la Ley de Orden Público, al referirse a “la evidente desobediencia” de las normas aplicables, ya que falta la intención dolosa de atacar al orden público, ni el atraco en cuestión puede imputarse necesariamente a imprudencia alguna de la recurrente, y a esa falta de antijuridicidad ha de añadirse la (de tipicidad, ya que no se trata ahora, como exige el mencionado artículo 2, ap. h), de órdenes personales y directas de las autoridades o Agentes en situaciones de anormalidad o peligro, sino de la sujeción a

Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio, mientras que en el caso de la Sentencia del día 11 los mismos acaecieron bajo la vigencia del anterior Decreto 554/1974.

Particularidad, en fin, que no tiene ninguna relevancia a los efectos del poder afirmar rotundamente la sustancial identidad de los hechos. Quizá sea oportuno recordar de nuevo que el artículo 19 del Real Decreto 2113/1977, de 23 de julio, dispone que,

«La infracciones a las normas de este Decreto podrán ser sancionadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Orden Público»,

redacción más escueta que la del artículo 22 del Decreto 554/1974, y en la que se evita la calificación de desobediencia a las decisiones dictadas por la Autoridad...», pero que, en sustancia, repito, no introduce ningún cambio o modificación.

(28) La Sentencia de 14 de marzo de 1978, de la Audiencia Nacional, fue precisamente la Sentencia que el Tribunal Supremo revocaría por Sentencia de 27 de octubre de 1980 (Ar. 3955), y que, posteriormente, daría lugar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que concluiría con la Sentencia de 7 de mayo de 1981, más atrás comentada.

En esta ocasión, la doctrina ya mantenida en la referida Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 1978 ha corrido mejor suerte, siendo confirmada por el Tribunal Supremo, en la indicada Sentencia de 5 de mayo de 1982 y en las posteriores de 10 y de 19 del mismo mes y año.

preceptos que imponen una abstracta obligatoriedad de las entidades de crédito de observar una conducta permanente, de cuyo incumplimiento no deriva por sí solo alteración o riesgo de la paz social».



Despejado y aclarado este primer extremo fundamental —el artículo 2.º h) de la Ley de Orden Público tipifica, en efecto, como actos contrarios al orden público la desobediencia a órdenes personales y singularizadas de las Autoridades o Agentes (29), pero no el mero incumplimiento de normas generales que imponen determinadas prestaciones a los afectados por las mismas—, la conclusión ajustada a derecho no podía ser otra que la siguiente:

«Que al no ser aplicable la Ley de Orden Público por sí sola al hecho litigioso, la tipificación sobre la acción de que versa este recurso como contraria al orden público se ha efectuado mediante una norma reglamentaria que incurre en las prohibiciones de los artículos 26 y 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, máxime si conforme al artículo 4.2 del Código civil, la Ley de Orden Público no es aplicable a supuestos no comprendidos expresamente en ella. Todo ello corroborado por el Decreto-ley 3/79, de 26 de enero, en su artículo 9, lo que supone el inequívoco reconociendo de la insuficiencia formal del Decreto 2113/77 para crear nuevas figuras de conductas contrarias al Orden Público, máxime cuando la promulgación de la vigente Constitución ha reforzado la primacía de la Ley en detrimento de las facultades meramente administrativas, como se deduce de los artículos 1.2; 1.3; 66; 103.2 y 3; 98.4; 103.3 y 132.1 en relación con el 97 de dicha Ley Fundamental.»

(29) Ya GONZÁLEZ PÉREZ, en sus *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Abejón, Madrid, 1971, pp. 99-100, cita jurisprudencia que evidencia la naturaleza del artículo 2.º, h) de la LOP, de acuerdo con lo señalado en el texto: así, por ejemplo, Sentencia de 13 de mayo de 1970, considerando excitación a la desobediencia a las autoridades públicas «el hecho de extender el agente el brazo para indicar a la sancionada lo que debía hacer y responder ésta dándole un manotazo, oponiéndose a entregar la documentación que se le requería».

Esta misma naturaleza se desprende de los supuestos tipificados como delitos y faltas de resistencia y desobediencia grave o leve a la Autoridad en el ejercicio de sus funciones en los artículos 237 y 570, respectivamente, del Código penal.

El Tribunal Supremo, por su parte, confirma punto por punto la sentencia de la Audiencia Nacional apelada, estimando que,

«... impuesta la sanción debatida con amparo en el artículo 19 del Decreto de 23 de julio de 1977 sobre medidas de seguridad en Bancos y otras empresas, a cuyo tenor las infracciones de esta disposición podrían ser castigadas de conformidad con lo estatuido en la Ley de Orden Público, es correcta la afirmación contenida en la sentencia impugnada de que la omisión de las aludidas medidas no cabe comprenderlas en ninguno de los supuestos del artículo 2.º de dicha Ley, ni siquiera invocados en las resoluciones administrativas recurridas; porque la aplicación jurisprudencial de los principios del derecho penal a la potestad sancionadora de la Administración y en particular el de legalidad, el cual requiere para la existencia de la infracción su previa definición en la Ley, con la consecuencia de que sólo puedan ser castigados los actos antijurídicos que, de modo riguroso o estricto, coincidan con los "tipos" descritos en la norma, excluye una interpretación extensiva o analógica e impide, por consiguiente, la posibilidad de estimar prevista la conducta sancionada en el mencionado artículo 2.º de la Ley de 30 de julio de 1959, ni aun en su apartado h), cuyo alcance se puntualiza con acierto en la motivación del fallo de la primera instancia.»

«Que la conclusión expuesta se corrobora específicamente en el preámbulo de la repetida Ley, según el cual en ella se delimitan las facultades sancionadoras de las autoridades gubernativas en materia de orden público, respetándose las garantías de legalidad penal clásicas y fijándose taxativamente las infracciones y la cuantía de la sanción.»

«Que además es inadmisibile, desde un punto de vista jurídico, la ampliación por el precitado decreto de las contravenciones señaladas en el artículo tantas veces mencionado; porque aquella determinación de las transgresiones de orden público y sus consiguientes castigos

en una ley formal, en la que no se habilita a la Administración para establecerlas, obsta a que ésta pueda añadir a las figuras legales de infracción otras de creación gubernativa, a lo que sin duda equivale la remisión formulada en el expresado artículo 19 del Decreto de 1977, eficaz por obvias razones desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979.»

Finalmente, las sentencias de 10 y 19 de mayo de 1982 reiteran idénticas consideraciones y apreciaciones, por lo que no parece preciso seguir insistiendo en este extremo.

En consecuencia, no poco tiempo ha costado el que, finalmente, el Tribunal Supremo admitiera la falta de cobertura legal de la normativa reglamentaria (concretada últimamente en el Real Decreto 2113/1977) que ha venido facultando a la Administración para sancionar con multas a aquellas entidades que incumplían las medidas de seguridad y vigilancia exigidas por esas mismas normas reglamentarias. La claridad y corrección de la doctrina mantenida por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo en las citadas sentencias —primeras, si no me equivoco, que han roto una larga y continuada inercia jurisprudencial contraria a admitir lo que parecía a primera vista, sin necesidad de difíciles ni complicadas interpretaciones, claro y evidente—, eximen de todo comentario sobre el fondo del asunto. Ojalá, y esperamos que así sea —aunque la duda y la incertidumbre no puede dejar de estar presente, máxime cuando, reitero, en el caso de la sentencia de 10 de mayo al día siguiente la misma Sala 4.ª falla todo lo contrario—, ojalá, digo, esta doctrina se haya consolidado definitivamente en los subsiguientes recursos contencioso-administrativos que a buen seguro habrán continuado llegando al Tribunal Supremo y que, de no procederse a una amplia rectificación de la normativa que ha amparado, y hoy por hoy sigue «amparando», la acción administrativa en este concreto ámbito, seguirán planteándose (30). En este sentido, si me

(30) A punto de remitir a imprenta este trabajo (marzo de 1983), en la entrega núm. 6-bis, del *Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi*, correspondiente al año 1982, compruebo cómo la referida doctrina jurisprudencial se confirma ya definitivamente en varias sentencias del Tribunal Supremo dictadas todas ellas a propósito de idéntico problema al expuesto (recursos contra las multas impuestas a Entidades bancarias y Cajas de Ahorro y Empresas, por no observar las correspondientes medidas de seguridad y vigilancia a resultas de atracos y robos sufridos por las mismas). Así, Sentencia de 26 de mayo de 1982, ponente, MARTÍN DEL BURGO (Ar. 4138) (sentencia ésta en la que curiosamente será ahora

importa destacar que esa rectificación a la que se alude no puede consistir, porque a la postre no soluciona los problemas ni las controversias judiciales —dato este a estimar—, en limitarse a poner poco menos que parches a una regulación tan deficiente desde el punto de vista de su legalidad como la actualmente vigente, continuadora de una actitud y un modo de hacer de la Administración que se remonta ya a 1946.

Pues bien, de parche creo que puede calificarse, en efecto —amén de tratarse de un parche inconstitucional, sin duda alguna—, la cobertura que a la potestad sancionatoria de la Administración en esta temática concreta de las medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otros Establecimientos industriales y comerciales ha pretendido dar el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, al disponer, recuérdese, que

«Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuestas reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación de orden público establece o con el cierre del establecimiento.»

Aparentemente queda en la actualidad, por tanto, cubierta la exigencia de Ley previa —la que parece haber sido el detonante preciso para que el Tribunal Supremo haya rectificado su anterior posición y empiece a remover la insuficiencia normativa del Decreto 2113/1977—, si bien esa cobertura parece ahora, una vez más, tras la Constitución de 1978, de todo punto insuficiente. Al margen de la inconstitucionalidad global del Real Decreto-ley 3/1979 —baste tener presente el texto del artículo 86 de la Constitución, se interprete como se quiera la de-

el Tribunal Supremo el que revoque la sentencia de la Audiencia Nacional apelada, que había confirmado la legalidad de la multa recurrida por una Empresa a la que se le había impuesto por no haber efectuado el pago de las nóminas del Personal de sus dependencias de Valladolid mediante talón u otra modalidad similar a través del Banco o Entidad de Crédito y haber sufrido un atraco); Sentencia de 28 de mayo de 1982, ponente, MARTÍN DEL BURGO (Ar. 4153); Sentencia de 1 de junio de 1982, ponente, GORDILLO GARCÍA (Ar. 4172); Sentencia de 2 de junio de 1982, ponente, DÍAZ EMIL (Ar. 4185); Sentencia de 4 de junio de 1982, ponente, GORDILLO GARCÍA (Ar. 4193); y Sentencia de 7 de junio de 1982, ponente, MARTÍN MARTÍN (Ar. 4198).

batida expresión «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I», y las materias que el mismo regula—, parece indiscutible que con arreglo al artículo 25 del texto constitucional la potestad sancionatoria de la Administración debe contar no sólo con la correspondiente cobertura legal, sino que la Ley en cuestión tiene que ser Ley Orgánica (31). En cualquier momento, pues, a propósito de los recursos contencioso-administrativos que previsiblemente puedan irse suscitando, es posible que el juez llegue a plantear ante el Tribunal Constitucional la oportuna cuestión de inconstitucionalidad respecto del citado artículo 9 del Real Decreto-ley de Seguridad Ciudadana. El problema no puede decirse, por ello, que esté definitivamente resuelto, sin olvidar, además, que queda pendiente el tema de la legalidad del Decreto 2113/1977 en punto a las prestaciones que de las Entidades bancarias, Cajas de Ahorro y demás Establecimientos afectados exige —básicamente la contratación de «Vigilantes Jurados»—, y cuyo incumplimiento es lo que da lugar a las sanciones administrativas ahora previstas en el Real Decreto-ley 3/1979. Y es que difícilmente puede sancionarse por incumplir unas medidas de seguridad y vigilancia que son exigidas en virtud de una norma manifiestamente insuficiente por su rango jerárquico, dado su contenido, para poder hacerlo con arreglo a derecho. De ahí la necesidad de que la al parecer próxima modificación de la normativa en materia de seguridad y vigilancia en Entidades bancarias y Cajas de Ahorro no quede limitada a una mera modificación material, del contenido del Real Decreto 2113/1977, sino que también se proceda definitivamente a rectificar el rango meramente reglamentario de la normativa examinada mediante la aprobación de la correspondiente Ley.

(31) Es oportuno recordar que el inicial Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana —publicado en el «BOE», de 21 de septiembre de 1979—, en sustitución del Real Decreto-ley 3/1979, fue al poco tiempo desglosado a su vez en cuatro (BOC de 27 de octubre de 1980, núm. 73-11), entre los cuales figuraba el denominado Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana y Competencias Gubernativas, presentado a las Cortes en 1982 y en el que se preveía, entre otras cosas, la derogación definitiva de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1956. Proyecto que ha caído tras el cambio de legislatura, abriéndose con ello un compás de espera que es de desear se vea rápidamente superado.

