

NATURALEZA JURIDICA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y CONSECUENCIAS DE LA PASIVIDAD ADMINISTRATIVA

Por
MARÍA CALVO CHARRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS.—II. NATURALEZA JURÍDICA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS: ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO; ACTO GRACIABLE; ACTO DEBIDO: 1 *La consideración del ejercicio de la potestad reglamentaria como un acto «político o de Gobierno».* 2. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto «graciable».* 3. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto «debido» pero dotado de cierta discrecionalidad para la elección del momento temporal de «puesta en marcha».* 4. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto estrictamente «debido»:* A) El carácter de los plazos previstos por la ley para su desarrollo reglamentario. B) Consecuencias del incumplimiento por parte del Gobierno de los plazos legales: a) Principios generales del Derecho vulnerados. b) La naturaleza jurídica de los plazos legales y la imposibilidad de declarar la nulidad del reglamento dictado fuera de plazo. c) La inconveniencia de prorrogar los plazos previstos por la ley por medio de Decreto-ley.—III. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EXIGIENDO EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: CONVENIENCIA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Como regla general, y especialmente en la actualidad en que la carga legislativa es tan sumamente amplia que el legislador no puede descender al detalle, las leyes necesitan de un posterior desarrollo reglamentario que las haga efectivamente aplicables y, en consecuencia, eficaces (1), por medio de los denominados reglamentos *secundum legem* o «ejecutivos» (2).

(1) El reglamento debe ser respecto de la ley el «complemento indispensable» en el doble sentido de contener todo lo que sea necesario para la correcta y plena aplicación del texto legal, pero únicamente lo que tenga la condición de tal, es decir, que sea justamente «indispensable» (SSTS de 12 de marzo de 1982, Ar. 1253, y de 28 de julio de 1991, Ar. 6350).

(2) Un detallado análisis de las formas de colaboración entre la ley y el reglamento lo realiza J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en su obra *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 741 y ss. Sobre el término reglamentos «ejecutivos», a pesar de su utilización en este artículo, estamos de acuerdo con el autor citado en que esta noción resulta hoy de escasa utilidad, por cuanto sus límites con las restantes modalidades de remisión son puramente cuantitativos y, por lo tanto, imposibles de trazar con seguridad (*ob. cit.*, pág. 744).

Si bien es cierto, como señala el Tribunal Constitucional, que la ley no tiene límites en su regulación, pudiendo descender al grado de detalle que estime conveniente (3), no lo es menos, la actual necesidad de que ésta se vea liberada de detalles y regulaciones accesorias, técnicas, coyunturales o pobres en contenido decisional político (4); cediendo tal labor a la potestad reglamentaria del Gobierno (5), con la finalidad de alcanzar la agilidad que le exigen las cambiantes circunstancias sociales.

El problema que planteamos en este artículo es el de la determinación de la naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con el momento en que el Gobierno ha de adoptar la iniciativa y poner en marcha su potestad normativa (6). Se pretende analizar si el Gobierno goza o no de absoluta discrecionalidad en la elección del momento en que haya de ejercer efectivamente su potestad reglamentaria.

Para responder a tal cuestión, en primer lugar, habremos de estar a lo que diga la letra de la propia ley objeto de desarrollo. Es, por lo tanto, la cláusula de remisión legislativa la que marcará la pauta al Ejecutivo en cuanto al «momento oportuno». Al respecto, las fórmulas adoptadas por las leyes (normalmente en sus disposiciones adicionales) son variadas: así, mientras algunas leyes dejan a la libre decisión del Gobierno el llevar o no a cabo su desarrollo reglamentario (7), otras le obligan a hacerlo, aunque dejándole libertad en cuanto al momento (8) y, finalmente, ciertas leyes imponen en tono impe-

(3) STC 35/82 de 14 de junio.

(4) L. PAREJO ALFONSO, en la obra colectiva *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 155.

(5) Según E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, dos razones concurren a explicar este proceso: por una parte, los tecnicismos de la actuación administrativa no son conocidos por el órgano legislativo y por ello se remiten a la determinación de la Administración; por otra parte, el concurso de las normas paralelas puede permitir a la más solemne de ambas, la ley, una concentración de principios más inmune al paso del tiempo, en tanto que el casuismo reglamentario puede ser objeto de adaptaciones constantes. De este modo se dota al conjunto normativo de una mayor flexibilidad. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, pág. 212.

(6) Recordemos que los artículos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 referentes al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general continúan vigentes, como se desprende de una interpretación *sensu contrario* de la Disposición Derogatoria 2.b) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(7) Vid. al respecto, entre otras, la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos, que en su Disposición Final tercera prevé lo siguiente: «El Consejo de Ministros y el Ministro de Obras Públicas y Transportes *podrán*, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictar las normas reglamentarias y disposiciones administrativas de carácter general que requiera el desarrollo y aplicación de esta Ley.»

(8) Vid. al respecto la Ley 25/88, de 29 de julio, de Carreteras, que en su Disposición Final establece: «El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, *aprobará* el Reglamento General de ejecución de la presente Ley»; en el mismo sentido, la Ley del Patrimonio del Estado (Texto articulado por Decreto 1022/64, de 15 de abril) afir-

rativo al Gobierno, no sólo la obligación de elaborar el correspondiente reglamento «ejecutivo», sino también el plazo de tiempo estricto y limitado en el que tales disposiciones reglamentarias deberán ver la luz (9).

El artículo que a continuación se expone parte de la preocupación ante la constante y reiterada inactividad del Gobierno en su función de elaborar los correspondientes reglamentos ejecutivos, necesarios, en muchos casos, para la efectiva aplicación de las leyes y, en consecuencia, imprescindibles para el correcto desarrollo de nuestra «vida jurídico-administrativa»; inactividad del Gobierno que resulta especialmente preocupante en aquellos supuestos en que la ley hace referencia expresa en tono imperativo al plazo específico dentro del que ha de ser objeto de desarrollo.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS: ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO; ACTO GRACIABLE; ACTO DEBIDO

Ante las constantes omisiones del Gobierno, en lo que al ejercicio de la potestad reglamentaria se refiere, nos preguntamos si el ejercicio de la misma tiene o no carácter obligatorio para el Gobierno y si, en consecuencia, los administrados afectados por la falta de norma gozan de los medios jurídicos apropiados para compeler al Gobierno a actuar en tal sentido.

La determinación de las posibilidades de reacción de los administrados frente a la pasividad administrativa resulta imprescindible dado que la falta de desarrollo reglamentario de una ley puede implicar la conculcación de los derechos de los destinatarios de la potencial norma, la provocación de daños materiales y, por supuesto, la vulneración de diversos principios generales del Derecho, entre los que destacan de un modo especial el principio de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad (*ex art. 9.3 CE*).

ma que «*corresponde* al Ministerio de Hacienda el ejercicio de la potestad reglamentaria para el desarrollo y ejecución de la presente Ley», y, entre otras, la Ley 2/74, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, en su Disposición Final prevé lo siguiente: «Por el Gobierno se *dictarán* las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Ley.»

(9) Vid. al respecto, entre otras, la Ley 48/84, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria, que concedía un plazo de tres meses para su desarrollo reglamentario (Disp. Final); la Ley 50/81, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que concedía el plazo de un año —Disp. Final primera, *a*)—; la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (Disp. Adic. primera, 2), que concedía asimismo un plazo de un año, y la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas, que preveía el sometimiento del Gobierno también a un plazo de un año para su desarrollo reglamentario (Disp. Final 1).

Lo cierto es que el momento temporal en que el Gobierno haya de llevar a cabo el desarrollo reglamentario de las leyes dependerá, en principio, como ya indicamos, de lo que la propia ley objeto de desarrollo disponga al respecto (fórmulas o cláusulas de remisión de la ley al reglamento); lo que, a su vez, determinará el carácter o naturaleza jurídica del acto de ejercicio de la potestad reglamentaria. No es posible, por lo tanto, dar una solución única a la cuestión de la naturaleza jurídica del acto de ejercicio de la potestad reglamentaria, sino que la respuesta a tal cuestión variará dependiendo de lo que al respecto disponga la letra de la ley necesitada de desarrollo reglamentario.

La importancia de la diferente naturaleza jurídica que el ejercicio de la reglamentación «ejecutiva» de las leyes pueda tener radica en constituir la clave para la determinación de hasta qué punto tal ejercicio constituye una «obligación» para el Gobierno y, en consecuencia, las posibilidades de fiscalización y el grado de responsabilidad que pueda llevar implícito el incumplimiento de la misma.

1. *La consideración del ejercicio de la potestad reglamentaria como un «acto político o de Gobierno»*

Como hemos señalado reiteradamente, la naturaleza jurídica del acto de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno, en lo que se refiere a los reglamentos ejecutivos, no es unívoca, sino que variará dependiendo de lo que al respecto disponga la propia ley que haya de resultar desarrollada por la normativa administrativa.

No obstante, en contra de esta opinión y, en consecuencia, dando un criterio uniforme e ignorando, por lo tanto, la voluntad del legislador que, como sabemos, varía de unas leyes a otras («... el Gobierno... podrá desarrollar; el Gobierno... desarrollará...; el Gobierno desarrollará en el plazo de...»), el Tribunal Supremo ha considerado que, en cualquier caso, el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye un acto «político o de Gobierno» —*ex art. 2.b) Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*— (10), con las consecuencias jurídicas que tal calificación lleva implícitas; consecuencias, como se verá, gravemente perjudiciales desde el punto de vista de los

(10) De acuerdo con el artículo 2.b) de la LJCA, para que exista acto político o de gobierno exento de fiscalización ha de darse un doble requisito: subjetivamente, ha de emanar del Gobierno y, además, objetivamente, ha de tratarse de actos políticos por su naturaleza como son «... los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar».

administrados y poco prácticas desde el punto de vista de la Administración.

Efectivamente, el Tribunal Supremo tuvo la ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica que, a su entender, tiene el acto de ejercicio de la potestad reglamentaria, como consecuencia de las reclamaciones formuladas por los afectados por la falta de desarrollo reglamentario, en una primera ocasión, de la Ley de Arrendamiento Urbanos, de 24 de diciembre de 1964 (STS de 6 de noviembre de 1984; Ar. 5758) y, más recientemente, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (STS de 23 de febrero de 1993).

En el primer supuesto referido, los recurrentes solicitaban la actualización de las rentas urbanas, de conformidad con lo que al respecto imponía el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (11). En este caso, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por entender que el acto de ejercicio de la potestad reglamentaria constituía un acto de «carácter político», un «acto de Gobierno», que impedía al Tribunal «... emitir juicios de valor respecto de esa pasividad gubernamental, mantenida... durante dos decenios...», aunque reconocía «... la penosa situación... insostenible en muchos casos, e injusta...» en que los destinatarios del omitido reglamento quedaban sumidos, puesto que la falta de normas de actualización obligaba al arrendador a recibir unas rentas inadecuadas a los precios del mercado sin una justificación social, económica o jurídica suficiente (12).

También desestimó este Tribunal la pretensión indemnizatoria de los recurrentes, por entender que «... la estimación de esta última estaba condicionada a la de la primera», en contra de la lógica que impone la letra del propio artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en cuya virtud se acepta el derecho a indemnización de los administrados afectados por un acto político o de Gobierno.

Idéntica fue la actitud mantenida por este Tribunal en su Sentencia de 23 de febrero de 1993, en la que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Delegados Profesionales

(11) El artículo 100 de la Ley de Arrendamiento Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, disponía lo siguiente: «La renta y las cantidades asimiladas a ella en las viviendas comprendidas en el número dos del artículo sexto y de los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal, se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, que aplicará a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por la Dirección General de Estadística, si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización.»

(12) Vid. al respecto el voto particular del Magistrado don Alvaro Rodríguez Berejio a la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo; al que se adhirieron los Magistrados don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López.

Técnicos del Tribunal Tutelar de Menores, con el que pretendían que el Tribunal ordenase al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria, tras haber incumplido el plazo de un año que para ello le concedía la Disposición Adicional segunda, 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta vez el Tribunal basó la desestimación nuevamente en la consideración de la «puesta en marcha de la potestad reglamentaria» como un «acto de Gobierno» no sujeto, por lo tanto, al control jurisdiccional.

También exigían los demandantes que se reconociera la responsabilidad del Estado como consecuencia del retraso en dictar la correspondiente norma reglamentaria, solicitando que se condenase a la Administración al pago de la correspondiente indemnización; petición sobre la que el Tribunal Supremo no realizó pronunciamiento alguno, entendiéndola, por lo tanto, igualmente desestimada.

Con base en la doctrina jurisprudencial expuesta, podría llegarse a la conclusión de que, sea cual sea la letra de la ley, el ejercicio de la potestad reglamentaria goza de una naturaleza jurídica uniforme, constituyendo, en cualquier caso, un acto político o de Gobierno.

La principal consecuencia que se derivaría de tal conclusión sería, de acuerdo con el artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la imposibilidad de fiscalizar judicialmente la actitud pasiva del Gobierno (13); abstracción hecha del derecho a indemnización que pudiera corresponder a los administrados perjudicados por la omisión, de acuerdo con el último párrafo del mismo artículo.

La imposibilidad de fiscalizar los actos políticos por la jurisdicción contencioso-administrativa tendría una innegable trascendencia para los administrados destinatarios de la correspondiente norma reglamentaria omitida, dado que los medios alternativos de reacción que la legislación les ofrece son, no sólo escasos, sino además carentes de la eficacia práctica requerida.

Y así, ante esta situación, las únicas salidas jurídicas de los afectados por la falta de norma reglamentaria serían (aparte del derecho a exigir indemnización a la Administración por su funcionamiento «anormal», siempre y cuando se den los requisitos exigidos por los arts. 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común 30/92, de 26 de

(13) El Tribunal Constitucional ha afirmado que «... no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el artículo 97 del Texto Constitucional está sujeta al Derecho Administrativo...» (STC 45/90, de 15 de marzo, Fto. 2), y que ante los actos políticos «... la ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto...» (STC 220/91, de 25 de noviembre, Fto. 2).

noviembre) las siguientes: ejercer su derecho de petición, de acuerdo con el artículo 29.1 CE y la Ley 92/60, de 22 de diciembre; solicitar ayuda al Defensor del Pueblo (*ex art.* 54 CE) o acudir, tras agotar, en su caso, la vía previa prevista en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, ante el Tribunal Constitucional en demanda de amparo; siempre, claro está, que, en este último caso, les hubiese resultado vulnerado algún derecho de los reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución (14). Al respecto, es posible que los afectados por la actitud pasiva del Gobierno disientan con el Tribunal Supremo, y entiendan que el acto de ejercicio de la potestad reglamentaria no constituye un acto «político» sino puramente «administrativo» y, por lo tanto, fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa y, en consecuencia, estimen vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (*ex art.* 24.1 CE).

No puede olvidarse tampoco, por otro lado, que este tipo de actos es perfectamente susceptible de ser sometido a control parlamentario (15) (16); control que, no obstante, no proporcionará ningún be-

(14) Vid. en este sentido las SSTC 98/85, de 28 de julio; 139/88, de 8 de julio, y 161/88, de 20 de septiembre.

(15) Al respecto opina F. SANTAOLALLA que el artículo 108 de la CE («El Gobierno responde solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados») se refiere a la responsabilidad «política» del Gobierno y no atiende, por tanto, a criterios de «legalidad» sino de «oportunidad». F. SANTAOLALLA, en la obra colectiva dirigida por F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 1487.

(16) No obstante, como señala F. RUBIO LLORENTE, si bien es cierto que los miembros de las Cortes pueden citar, preguntar e interpelar a los del Gobierno, no puede negarse que estos últimos están bien protegidos. De una parte, el generoso desarrollo que los Reglamentos parlamentarios han hecho de su derecho a ser oídos por las Comisiones (art. 110.2) ha llevado a configurar una serie de formas procedimentales: las comunicaciones del Gobierno (arts. 196 y 197 RCD y 182.1 RS), la información sobre planes y programas (art. 198 RCD), las sesiones informativas (art. 202 RCD) e incluso los informes sobre asuntos determinados (art. 203 RCD), que permiten al Gobierno tomar la iniciativa de la información proporcionada reduciendo con ello, como es obvio, la trascendencia política de la comunicación solicitada. Por otra parte, y esto es lo decisivo, el ejercicio de estos derechos parlamentarios depende siempre de la voluntad de la mayoría, políticamente coincidente con la gubernamental. La formación de los órdenes del día en los que han de incluirse preguntas e interpellaciones, aunque dotada de un cierto automatismo fortalecido por las resoluciones presidenciales antes aludidas, sigue siendo producto de la decisión mayoritaria, como sigue dependiendo de la voluntad de la mayoría la constitución, la actuación y las conclusiones de las Comisiones de investigación. La regulación actualmente vigente de las relaciones que median entre el Gobierno y las Cortes en el ejercicio de éstas de su función de control, está absolutamente de espaldas a la realidad, y representa incluso un peligro grave para la libertad y la democracia. Esa regulación ignora que en esa función el Parlamento no es otra cosa que el punto de conexión entre la Sociedad y el Estado, la sede institucionalizada del pluralismo político, el marco del permanente debate público entre Gobierno y oposición. Tal normativa reglamentaria, en opinión del autor citado, debería reformarse en el sentido de otros muchos sistemas parlamentarios contemporáneos en los que se concede a la minoría no sólo la facultad de proponer la creación de Comisiones de este género, cosa que entre nosotros también sucede (arts. 52.1 RC y 59.1 RS), sino la de

neficio directo a los particulares afectados por la falta del reglamento oportuno.

La realidad práctica es, pues, que ninguna de estas posibilidades de reacción frente a los actos políticos resulta satisfactoria para la defensa efectiva de los derechos de los perjudicados por la pasividad del Gobierno en el desarrollo de la ley, con lo que la consideración de la potestad reglamentaria del Gobierno como un acto político, como hace el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, coloca a los destinatarios del futuro reglamento en una situación de impotencia jurídica difícilmente justificable desde que resultó promulgada nuestra Norma Fundamental, en la que se proclama el control de la potestad reglamentaria por los Tribunales (*ex art. 106.1 CE*), así como el derecho a una tutela judicial efectiva sin que en ningún supuesto se produzca indefensión (*ex art. 24.1 CE*).

En contra de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, opinamos que el ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria, en los reglamentos ejecutivos, no constituye, en ningún caso, un acto político, sino que, por el contrario, es un acto administrativo cuya naturaleza jurídica, como ya hemos señalado anteriormente, variará dependiendo de lo que la propia ley objeto de desarrollo reglamentario disponga al respecto.

No vamos en este artículo a entrar a analizar los abundantes problemas teóricos que plantean los denominados «actos políticos», problemas que han sido ya extensamente tratados por la doctrina (17); tan sólo nos limitaremos en este momento a señalar el cambio que ha experimentado este instituto jurídico tras la promulgación de la Constitución de 1978, cambio que ha traído consigo un «nuevo planteamiento de la doctrina del acto político» sostenido y apoyado por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (18), en cuya virtud

decidirla aun contra la voluntad de la mayoría, facultad que en algunos casos está constitucionalmente garantizada (así, en la Ley Fundamental de Bonn, art. 44).

F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 270-275, *passim*.

(17) Vid. al respecto J. L. CARRO, *La doctrina del acto político*, núm. 53 de esta REVISTA, 1967, págs. 73 y ss.; O. M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Los actos políticos del Gobierno en el Derecho español*, Madrid, 1978; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985; E. ALONSO GARCÍA, «El ámbito de decisión política y técnica del Gobierno exento de control jurisdiccional», en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985; M. A. APARICIO, «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?», en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985; L. LÓPEZ GUERRA, *Funciones del Gobierno y dirección política*, «DA», núm. 215, 1988, págs. 15 y ss., y A. EMBID IRLUJO, «La justiciabilidad de los actos de Gobierno», en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución Española*, vol. III, Madrid, 1991, págs. 2697 y ss.

(18) Vid. al respecto los Autos de 18 de enero y 27 de abril de 1993.

se tiende a abandonar la cita del artículo 2.b) LJCA («... como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa...») (19), y a entender como «acto político» aquella actuación u omisión del Gobierno no sujeta al Derecho administrativo por tener un contenido estrictamente «político»; actos en los que el Gobierno decide «políticamente» (20) (21). Centraremos, pues, nuestra atención en la exposición de las razones por las que, desde nuestro punto de vista, el ejercicio de la potestad reglamentaria no puede ser considerado como un acto político o de Gobierno, para lo que se pueden traer a colación diversidad de argumentos.

Entre otros, podemos afirmar de manera tajante que el ámbito de admisibilidad de los actos políticos hoy, tras la promulgación de la Constitución, ha quedado reducido al mínimo indispensable. Efectivamente, difícil nos resulta aceptar la pervivencia generalizada de actos del Gobierno inmunes a la jurisdicción contencioso-administrativa en un Estado de Derecho en el que la propia lógica del sistema tiende a acabar con los «círculos de inmunidad» de los que se benefició en otros tiempos la Administración. El citado artículo está, pues, condenado a su desaparición (22) y, en consecuencia, debería ser objeto de una interpretación «restrictiva» por los Tribunales y no «extensiva» (23).

(19) Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993.

(20) STS de 22 de enero de 1993, Ar. 457.

(21) De conformidad con la STS de 22 de enero de 1993 (Ar. 457), los elementos «reglados» de los actos políticos sí son susceptibles de control jurisdiccional. Piénsese, por ejemplo, en la «competencia»; sólo serán actos políticos propiamente dichos, aquellos que hayan sido dictados por el Consejo de Ministros, único órgano con competencia para dictar este tipo de actos.

(22) Según F. GARRIDO FALLA, se trata de un artículo destinado a desaparecer en una futura reforma, entre otras razones, por referirse a un concepto que ha variado sustancialmente desde la Constitución española de 1978. F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 1371. En la misma línea, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ opinan que el artículo 2.b) LJCA ha de entenderse derogado a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, por oponerse, entre otros, a los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 del Texto Fundamental. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, pág. 536. También es ésta la opinión de juristas como M. BASSOLS COMA, *Los principios del Estado de Derecho y su aplicación en la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 157; J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, vol. II, Ed. Labor, Barcelona, 1982, págs. 264-265, y M. ROS CERESO, *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación*, núm. 98 de esta REVISTA, mayo-agosto 1982.

(23) Ya hemos señalado que el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 6 de noviembre de 1984 y 23 de febrero de 1993, realizando una interpretación excesivamente amplia del artículo 2.b) LJCA, calificó de «acto político» la puesta en marcha de la potestad reglamentaria con un determinado contenido y efecto temporal. En oposición a estas sentencias, con anterioridad, este mismo Tribunal había defendido la interpretación restrictiva de este tipo de actos, afirmando que no se puede «regatear naturaleza administrativa» a los actos del Gobierno ya que si así se hiciera «... se desmantelarían los mecanismos de depuración del ordenamiento jurídico» (STS de 29 de noviembre de 1985, Ar. 5572, Cdo. 2).

Por otra parte, en los actos políticos *strictu sensu* (24), el Gobierno goza de una amplia «libertad de configuración», puesto que no se halla sometido a aspectos previamente reglados por el legislador, de modo que su decisión es plenamente «política» y, en consecuencia, susceptible de ser sometida a un control «de oportunidad» (control político), pero en absoluto de legalidad, como es el que corresponde realizar a la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que en absoluto sucede con el acto de ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que, en la configuración de aquél, escasa o nula es la «libertad política» que en sus manos tiene el Gobierno, tanto respecto del momento temporal de su iniciación como respecto de su ámbito y contenido.

Efectivamente, el «momento temporal» en que el Gobierno ha de poner en marcha la potestad reglamentaria se encuentra condicionado por lo que al respecto disponga la propia ley objeto de desarrollo reglamentario, de manera que es ciertamente muy escaso, cuando no inexistente, el margen que para la libre decisión política le queda al Gobierno.

En lo que se refiere al «ámbito» que ha de ocupar la norma administrativa, aquél viene determinado por la propia ley objeto de desarrollo, en el sentido de que la norma reglamentaria deberá partir precisamente de los criterios plasmados por el legislador (25). La regulación reglamentaria sólo podrá producirse en el estricto ámbito que la ley disponga y en coherencia con la misma, en absoluto de modo libre, sino adaptándose siempre al «programa de ordenación normativa» o «proyecto general de normación» de la materia que la propia

(24) Para que un acto pueda calificarse de «político o de Gobierno» y sea, en consecuencia, infiscalizable en vía contencioso-administrativa, es preciso que reúna una serie de requisitos indispensables, según entiende la doctrina más representativa del Derecho público. Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, ha de tratarse de actos que no procedan de la Administración como persona (relaciones internacionales, que derivan del Estado, y relaciones entre poderes, que derivan de los titulares de los puestos superiores de la Administración) y deben constituir grandes decisiones «políticas» que comprometan la suerte entera de la comunidad (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 39 de esta REVISTA, mayo-agosto 1962, pág. 182).

Según L. PAREJO, han de ser actos que no se deriven del Gobierno «cabeza de la Administración», sino del mismo de forma independiente, ejerciendo funciones no materialmente administrativas (L. PAREJO ALFONSO, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 450).

(25) R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 197. En el mismo sentido afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR que «... lo que el reglamento podrá o no hacer es algo que se deduce del contenido general, del contexto de la ley...». J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 797.

ley prevea (26) y siempre, por supuesto, respetando el principio de «reserva» (27) y «autorreserva» (28) de ley.

Así pues, la determinación del ámbito en que las normas reglamentarias encargadas del desarrollo de las leyes pueden desenvolverse no tiene en absoluto carácter «político» o de «libre configuración» por parte del Gobierno, sino estrictamente «reglado», puesto que éste habrá de atenerse, en todo caso, a los límites, condicionamientos y líneas generales previamente establecidos por las leyes objeto de desarrollo, de manera que la «voluntad política» (en cuanto al ámbito de desarrollo de los reglamentos) es en estas normas administrativas inexistente (29).

Diferente del «ámbito» es, sin embargo, el «contenido» que puedan tener los reglamentos ejecutivos, puesto que en relación con éste sí cabe, en parte, la decisión discrecional del Gobierno, aunque también limitada por las vinculaciones positivas (líneas generales de actuación) (30) y negativas (contenido regulado al detalle por la ley) (31) que la propia ley imponga. En estos casos, el Gobierno está obligado a dictar los reglamentos en el sentido que le marque la ley «... sin incorporar voluntad política alguna...» (32), puesto que, como señala P. GONZÁLEZ SALINAS, el Consejo de Ministros no tiene competencia para decidir políticamente algo que corresponde a las Cortes Generales (33). No obstante, es innegable que siempre puede haber

(26) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 796-797, *passim*.

(27) Acerca de este principio, vid. R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, págs. 184 y ss.

(28) Al no existir en nuestro sistema una «reserva reglamentaria», la ley puede regular todas las materias, con lo que en las no reservadas expresamente a la misma (reserva material) se producirá una «autorreserva», una congelación de rango (reserva formal), ya que las leyes sólo pueden ser modificadas por normas del mismo rango, dado además el principio de jerarquía normativa. R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO, *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 188.

(29) Sobre el poder de libre «configuración política» que corresponde al legislador (*Gestaltungsfreiheit*), vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 538.

(30) Sobre el contenido de los reglamentos afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR que no sólo ha de respetar —no contradecir— la ley, sino que además la ley puede condicionar con entera libertad las remisiones que haga a la potestad reglamentaria, imponiéndole contenidos obligatorios o excluidos, principios de regulación u objetivos materiales de cualquier índole (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 740).

(31) Al respecto señala el Consejo de Estado la conveniencia de prescindir de aquellos reglamentos que se limitan a realizar una reproducción fragmentaria de la ley (Dictamen de 16 de febrero de 1978, Expediente núm. 41180).

(32) STS de 22 de enero de 1993, Ar. 457.

(33) P. GONZÁLEZ SALINAS, *Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno*, «REDA», núm. 79, julio-septiembre 1993, pág. 503.

en el contenido de la norma reglamentaria un «núcleo de oportunidad» (34), especialmente, en relación con aquellos extremos que por su minuciosidad no puedan resultar expresados correctamente por la ley, aunque estén, al fin y al cabo, incluidos en el espíritu y finalidad de la misma (35); pero en estos casos, la libre decisión del Gobierno, en cuanto al contenido, sólo podrá abarcar determinados matices, normalmente técnicos, en los que el legislador, por falta de agilidad e información al respecto, no puede entrar (36); matices respecto de los que resultaría evidentemente exagerado afirmar que el Gobierno actúa una «opción política» (37).

En conclusión, admitir que, como regla general, el ejercicio de la potestad reglamentaria es un acto político (tanto en lo relativo a su «puesta en marcha» como a su «ámbito» y «contenido»), supondría admitir de forma injustificada la pervivencia de reductos exentos o no fiscalizables de la actuación administrativa; lo que no sería sino aceptar la vigencia de una reminiscencia de la idea de la «razón de Estado» (38), intolerable en un Estado de Derecho e insostenible por contraria a nuestro Texto Constitucional (39).

Desde un punto de vista práctico, tampoco a la Administración le conviene considerar el ejercicio de la potestad reglamentaria como un acto de los previstos en el artículo 2.*b*) LJCA, ya que este artículo reconoce, como se sabe, derecho a indemnización a aquellos administrados afectados por este tipo de actos «políticos o de Gobierno»; indemnización cuyo pago resultará, en la mayoría de los casos, de muy difícil realización, puesto que su cuantía será, por la naturaleza de los intereses en juego —ya que la ausencia de reglamento suele afectar a un número amplio e indeterminado de personas: intereses difusos o colectivos— (40), enormemente elevada.

(34) STS de 12 de enero de 1990, Ar. 335, Fto. 5.

(35) STS de 12 de diciembre de 1990, Ar. 9636, Fto. 4.

(36) Piénsese en los estándares urbanísticos o en los niveles de emisiones contaminantes aceptables, etc.

(37) Auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993.

(38) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 39 de esta REVISTA, mayo-agosto 1962, pág. 190.

(39) Sobre la idea de «razón de Estado», vid., entre otros, JÉZE, *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik*, Tübingen, 1913, y A. GROS, *La survivance de la raison d'Etat*, París, 1932.

(40) Como señala A. NIETO, en estos casos, apenas si puede hablarse de derechos, sino a lo sumo de intereses, y con frecuencia no de intereses individuales, sino colectivos o generales, o si se quiere, «difusos». A. NIETO, *La inactividad de la Administración: veinticinco años después*, «DA», núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 15.

Este tipo de intereses colectivos o difusos se caracterizan, entre otros rasgos, por afectar a un número más o menos amplio de sujetos y porque el progreso de la defensa, procesal o administrativa, beneficia automáticamente a todos los que están en la misma situación. Vid. al respecto R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, págs. 183 y ss.

Tampoco para los administrados afectados por la falta del desarrollo reglamentario de la ley de la que son destinatarios el pago de una indemnización es una solución adecuada, ya que ¿de qué sirve resultar indemnizado si la actividad causante del daño (en este caso la no actividad o pasividad) no cesa, prolongándose *sine die* su situación de profunda inseguridad jurídica? De nada servirá a los perjudicados por la falta del correspondiente reglamento ejecutivo ser indemnizados por los daños que tal omisión les cause, ya que, si tales normas siguen sin redactarse (porque la omisión del Gobierno es «infiscalizable»), aquéllos continuarán siendo víctimas de los mismos daños de los que están siendo indemnizados. Se llega, pues, a una situación paradójica, por no decir absurda, que sólo podrá ser solucionada llevando a cabo la redacción del reglamento omitido, puesto que ésta es la única forma de dejar «indemnes» a los afectados por la falta de la norma administrativa de la que son potenciales destinatarios.

Sobre el tema indemnizatorio, llama la atención que el Tribunal Supremo, en las citadas sentencias, parezca ignorar la previsión del último párrafo del artículo 2.b) LJCA. Así, en la primera de las sentencias citadas (STS de 6 de noviembre de 1984), el Tribunal desestimó la pretensión indemnizatoria, oponiéndose de este modo a lo previsto por el artículo 2.b) LJCA y, en la segunda de ellas (STS de 23 de febrero de 1993), no realizó ninguna referencia expresa sobre la exigencia de responsabilidad administrativa planteada por los destinatarios de la omitida norma reglamentaria.

Para que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, en el caso de los reglamentos ejecutivos que estamos analizando, fuese, no sólo no fiscalizable, sino además no indemnizable, como parece pretender el Tribunal Supremo en las señaladas sentencias, habría de constituir, no un acto político, cuyos efectos lesivos sí son indemnizables —*ex art. 2.b) LJCA*—, sino un acto de carácter «graciable», para lo que sería preciso, como veremos seguidamente, bien que la ley guardase silencio sobre su desarrollo reglamentario, bien que concediera absoluta libertad al Gobierno para decidir acerca del mismo («... el Gobierno podrá...»).

En definitiva, con base en los argumentos recién expuestos, consideramos que el acto de ejercicio de la potestad reglamentaria no reúne los requisitos precisos para ser calificado de «político», sino que se trata de un acto administrativo (41) por medio del que se da

(41) Resulta aceptado por la doctrina mayoritaria la inclusión de la potestad reglamentaria dentro de la «función de dirección política» prevista por el artículo 97 CE, lo que no quiere decir que constituya un «acto político». Así, GALLEGO ANABITARTE y A. MENÉNDEZ REXACH consideran la potestad reglamentaria como una «función gubernamental diferen-

inicio al correspondiente procedimiento administrativo de elaboración de una disposición general y, por lo tanto, fiscalizable en los supuestos en que lo permita la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de acuerdo con los artículos 103.1, 106.1 y 24.1 CE; aunque, en ocasiones, el ejercicio de la potestad reglamentaria pueda gozar de una «especial importancia política» (42).

2. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto «graciable»*

Como hemos repetido reiteradamente a lo largo de este artículo, consideramos que la naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria (en los reglamentos ejecutivos) no tiene en absoluto carácter uniforme, sino que la misma dependerá de lo que disponga la ley objeto de futuro desarrollo.

Tendrá, pues, carácter graciable en aquellos supuestos en los que la ley deje total libertad al Gobierno acerca de su desarrollo («... el Gobierno podrá...») o en los que ni siquiera realice remisión legislativa alguna; caso, este último, en el que no ha de perderse de vista que, ante la ausencia de cláusula de remisión, en las materias reservadas expresamente a la ley por el Texto Constitucional, el Gobierno carecerá de habilitación para ejercer su potestad reglamentaria.

Analizando la hipotética voluntad del legislador, es evidente que la falta de imposición sobre el desarrollo reglamentario de la ley se debe a que aquél considera que ha llevado a cabo una regulación lo suficientemente detallada como para que no resulte «absolutamente indispensable» para la correcta y efectiva aplicación de la ley su posterior desarrollo reglamentario (43).

ciada» (en el libro colectivo dirigido por O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución*, vol. VIII, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 62). Por su parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ afirman que la creación de Derecho, incluidos los reglamentos, constituye una «decisión política» (*Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Cívitas, vol. I, Madrid, 1987, págs. 194-195). Y J. SANTAMARÍA PASTOR incluye las «acciones de orden normativo» dentro de la «acción de dirección política» del Gobierno (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 1012).

Sobre la naturaleza de la función de *indirizzo politico*, vid. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Ed. Cedam, Padova, 1975, pág. 642.

(42) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 39 de esta REVISTA, mayo-agosto 1962, pág. 186. En este mismo sentido afirmó el Tribunal Supremo que «... el trasfondo e intencionalidad política de una decisión... no anula el carácter netamente administrativo del trámite» (STS de 29 de noviembre de 1985, Ar. 5574, Cdo. 2).

(43) Al respecto, los profesores R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO opinan que el Gobierno, en virtud del artículo 97 CE, podrá «de forma espontánea» ejercer su potestad re-

Desde el punto de vista del Gobierno, la puesta en marcha de la potestad reglamentaria constituye un acto «discrecional», puesto que el legislador le deja libertad absoluta para valorar la oportunidad de desarrollar o no la ley (44) y, de no llevar a cabo tal desarrollo, en principio, ningún mal se derivará para los destinatarios de la norma legal, dado que éstos encuentran su situación perfectamente detallada en la ley sin necesidad de posteriores aclaraciones por la vía reglamentaria.

Y, desde el punto de vista de los administrados, el acto de puesta en marcha de la potestad reglamentaria en estos casos constituye un acto «graciable», ya que aquéllos carecen de derechos e intereses legítimos que les habiliten para exigir judicialmente la redacción del reglamento; antes bien, sólo podrán reaccionar por medio del ejercicio de su derecho de petición (*ex art. 29 CE y Ley 92/60, de 22 de diciembre*) (45) y, una vez contestado, en sentido positivo o negativo, habrán de asumir la situación; pues no se puede compeler al Gobierno a que realice algo a lo que no está obligado.

En definitiva, el ejercicio de la potestad reglamentaria en los supuestos expuestos no constituye una obligación para el Gobierno, con lo que su pasividad no podrá ser fiscalizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, ni podrán los administrados exigir responsabilidades a la Administración por su actitud omisiva, ya que ninguna lesión efectiva puede derivarse de la inexistencia de una norma reglamentaria que es absolutamente innecesaria para la correcta aplicación de una ley que ha agotado la materia que regula (46).

glamentaria para complementar y desarrollar las leyes cuando ello fuera «absolutamente necesario» para su ejecución y no incidiese en la reserva de ley. R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 167.

(44) Como señala el Consejo de Estado, en todo caso, han de existir «motivos de oportunidad» que justifiquen la aprobación del reglamento (Dictamen de 20 de octubre de 1977, Exp. núm. 41180).

(45) Un análisis detallado del derecho de petición se encuentra en el artículo de María del Pilar ROVIRA SERRANO, *El derecho de petición en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, «Rev. Actualidad Administrativa», núm. 47, 20-26 de diciembre de 1993, págs. 587-603.

(46) En estos supuestos en los que la ley ha agotado la materia regulada, lo único que puede hacer el reglamento es perturbar la armonía y sistemática del ordenamiento jurídico general por medio de la reproducción fragmentaria de la ley. Vid. al respecto el Dictamen del Consejo de Estado de 16 de febrero de 1978 (Exp. núm. 41263).

3. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto «debido» pero dotado de cierta discrecionalidad para elección del momento temporal de puesta en marcha*

Respecto a las leyes que imponen al Gobierno la obligación de su desarrollo («... el Gobierno aprobará...»; «... el Gobierno dictará...») sin hacer referencia a plazo alguno, se puede afirmar que el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye un acto «debido» en cuanto al desarrollo reglamentario de la ley, que habrá de realizarse en todo caso de forma obligatoria (47), pero dotado de cierto margen de discrecionalidad en lo relativo al momento en que tal desarrollo deba llevarse a cabo. Se trata de habilitaciones «en blanco» que facultan al Gobierno para dictar el correspondiente reglamento cuando lo estime conveniente (48).

En estos supuestos, la discrecionalidad del Gobierno (en cuanto al plazo) es relativa, puesto que habrá de actuar en función de lo que demanden los intereses en presencia y siempre dentro de un plazo «razonable» ateniéndose, en todo caso, al principio de «oportunidad» (49), al que hace referencia el aún vigente (de acuerdo con la Disposición Derogatoria de la Ley 30/92) artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (50).

Que el Gobierno esté dotado de cierto margen de apreciación para la elección del momento de la puesta en marcha de su potestad reglamentaria no significa que esté exento de todo control, puesto que los actos discrecionales, a diferencia de los «políticos» y de los «graciables», sí son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entre los límites que favorecen su control destaca el respeto debi-

(47) A estos supuestos es trasladable la afirmación de AUBY, al decir que la competencia otorgada al Gobierno de ejecutar las leyes no conllevaría solamente el derecho sino también la obligación irrenunciable de ejercerla. Citado por R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO FERNÁNDEZ, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 167.

(48) I. MERINO JARA, *La ausencia de desarrollo de los planes de ahorro popular: hipotéticas consecuencias*, «Rev. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi», núm. 20, septiembre 1993, pág. 17.

(49) Como afirma al respecto el Tribunal Supremo: «... la oportunidad y el acierto de una disposición general es materia que incumbe apreciar a los órganos administrativos dentro de un margen de discrecionalidad que esta jurisdicción debe respetar...» (STS de 22 de octubre de 1987).

(50) Sobre el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, opina L. PAREJO que se trata «... de una regla a todas luces acertada, pero, lamentablemente, de muy escaso cumplimiento en la práctica, sin que de su inobservancia parezca posible extraer consecuencias jurídicas correctivas eficaces». L. PAREJO, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 168.

do a los denominados «hechos determinantes»: a la hora de elegir el «momento oportuno» para dictar un reglamento el Gobierno habrá de tener presente las exigencias y circunstancias sociales que demandan tal normativa; se trata de hechos que son «... tal como la realidad los exterioriza y que no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración...» (51).

También los principios generales del Derecho, que informan todo el ordenamiento jurídico (*ex art. 1.4 Código Civil*), constituyen un límite y facilitan el control de esta actuación discrecional del Gobierno que habrá de ajustarse a las exigencias de dichos principios (52), en especial, al de interdicción de la arbitrariedad (*ex art. 9.3 CE*) que «... aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna...» (53).

En conclusión, se puede decir, pues, que el Gobierno habrá incumplido la obligación que de dictar la correspondiente norma administrativa tiene, en aquellos supuestos en que haya dejado pasar «el momento oportuno» ocasionando una dilación indebida más allá de lo previsible o tolerable. Y se puede afirmar que la Administración habrá dejado pasar el «momento oportuno» si la omisión de la norma administrativa ha ocasionado daños y perjuicios a sus futuros destinatarios (54). Además, tal omisión podrá calificarse de antijurídica en el supuesto de que carezca de una justificación razonable, justificación que habrá de traducirse en el deber jurídico de los administrados de soportar las consecuencias negativas de la pasividad administrativa (*ex art. 139.3 LAP*).

Así pues, ni siquiera en el ámbito de la discrecionalidad administrativa puede excluirse la revisión de si la medida que dejó de adoptarse era o no exigible (55), ya que, como señala el Tribunal Supremo,

«... el control judicial tan ampliamente dibujado por el artículo 106.1 CE, se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas...» (56).

(51) STS de 1 de diciembre de 1986, Ar. 417, Fto. 2.

(52) STS de 1 de diciembre de 1986, Ar. 417, Fto. 2.

(53) STS de 1 de diciembre de 1986, Ar. 417, Fto. 2.

(54) Como señala al respecto J. A. SANTAMARÍA PASTOR, un reglamento «inoportuno» puede causar perturbaciones y daños extraordinarios en la dinámica de las relaciones privadas y en las de la propia Administración. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 802.

(55) M. J. MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes*, núm. 110 de esta REVISTA, mayo-agosto 1986, pág. 401.

(56) STS de 1 de diciembre de 1986, Ar. 417, Fto. 2.

4. *El ejercicio de la potestad reglamentaria como acto estrictamente «debido»*

Por último, no son escasas las leyes que imponen al Gobierno un plazo determinado dentro del que deberá aprobar la correspondiente norma reglamentaria; plazo establecido en tono imperativo y que, en consecuencia, constituye un acto «debido» para el Gobierno. Es decir, éste se encuentra vinculado por la letra de la ley y, por lo tanto, obligado, no sólo a dictar el correspondiente reglamento ejecutivo, sino además a hacerlo dentro del plazo de tiempo fijado por el legislador (57).

Si se tiene en cuenta la voluntad real del legislador en cuanto al factor tiempo en estos supuestos, es evidente que aquél impone tales plazos, no por el mero deseo de apremiar caprichosamente al Gobierno en su tarea normativa, sino por la perentoria necesidad de dar respuesta a ciertas exigencias sociales que, de lo contrario (es decir, de no resultar reglamentada la correspondiente ley), serían ignoradas, pudiendo dar lugar a serios perjuicios en la esfera jurídica de los administrados afectados por el reglamento omitido.

Como señala la STS de 12 de enero de 1990 (58), el legislador, al utilizar un tono imperativo, está estableciendo un plazo de carácter «urgente, apremiante y perentorio»; puesto que, de no ser así, podría haber empleado otra fórmula tan usual como «a la mayor brevedad posible» u otra similar. La voluntad del legislador es, pues, en estos casos una «voluntad de urgencia».

A) *El carácter de los plazos previstos por la ley para su desarrollo reglamentario.*

El incumplimiento reiterado que de estos plazos viene haciendo el Gobierno nos conduce a pensar, bien que no le merecen ningún respeto los mandatos del legislador en este sentido, o bien que no los considera obligatorios. Esta última es precisamente la opinión de la doctrina francesa mayoritaria (LAUBADÈRE, DOUENCE, DEVOLVÉ, MONTANÉ DE LA ROQUE), que no concede a tales plazos ninguna efica-

(57) En palabras de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «... el plazo es un requisito para la válida emanación del reglamento; un requisito impuesto por la ley que tasa y condiciona el ejercicio de la potestad reglamentaria...». J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 798.

(58) STS de 12 de enero de 1990, Ar. 335, Fto. 5.

cia especial, afirmando que aquéllos tienen únicamente «carácter indicativo» (59).

Sorprendentemente, ésta parece haber sido también la línea seguida por nuestro Consejo de Estado (60), el cual sostiene que es «aconsejable» respetar el plazo previsto por las leyes para su desarrollo reglamentario (61), lo que, evidentemente, significa que no lo considera «obligatorio».

El mantenimiento de esta posición doctrinal del Consejo de Estado, que tiene sus orígenes en la época preconstitucional (62), resulta injustificable tras la promulgación de nuestra Norma Fundamental, ya que deja reducidos a meras palabras sin contenido los artículos de la Constitución según los cuales el Gobierno queda, en toda su actividad, sometido al imperio de la ley (arts. 9.1, 9.3, 97 y 103.1 CE).

Oponiéndonos, pues, a la doctrina del Consejo de Estado y ateniéndonos a la letra de la Constitución, opinamos que los plazos previstos por la ley en tono imperativo «obligan» en todo caso al Gobierno que, al no someterse a ellos, está cometiendo una ilegalidad manifiesta (63).

El carácter obligatorio de los plazos legales se origina, además de en el artículo 103.1 CE, en los artículos 9.1 y 97 del Texto Constitucional. De conformidad con el artículo 9.1 CE (64), el Gobierno está sometido no sólo a la Constitución, sino que, como todos los poderes públicos, también lo está al resto del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, a cualesquiera de las leyes vigentes.

Por su parte, el artículo 97 del Texto Fundamental establece el sometimiento de la potestad reglamentaria del Gobierno, tanto a la Constitución, como a las leyes.

De ambos artículos de nuestra Constitución se deduce, pues, que la potestad reglamentaria del Gobierno se halla absolutamente su-

(59) R. GÓMEZ-FERRER y J. L. CARRO, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1978, pág. 167.

(60) De conformidad con el artículo 10.6 LRJAE y el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, es preceptivo el Dictamen de este órgano consultivo respecto de todos los reglamentos «para la ejecución de las leyes». Se trata, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, de una garantía de perfección técnica y acierto. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 213.

(61) Dictamen del Consejo de Estado núm. 44442, de 15 de julio de 1982.

(62) Vid. al respecto, entre otros, los Dictámenes núm. 39024, de 30 de mayo de 1970; núm. 40613, de 21 de abril de 1977.

(63) Al respecto, opina J. A. SANTAMARÍA PASTOR que «... un requisito jurídico clásico, contenido en una norma inequívocamente imperativa, no tiene más sanción que la responsabilidad política del Gobierno (responsabilidad que ningún parlamento ha exigido nunca entre nosotros)...» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 798).

(64) Para una mejor comprensión de este artículo, vid. F. GARRIDO FALLA y OTROS, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, págs. 144 y ss.

bordinada al principio jurídico de legalidad (65); de manera que el cumplimiento de los plazos previstos por el legislador constituye evidentemente una obligación para aquél (66). Se intenta, con ambos artículos, luchar contra la arbitrariedad del Poder ejecutivo exigiendo la absoluta sumisión de su actividad a la ley (67) y, en consecuencia, a los plazos que la misma prevea.

B) *Consecuencias del incumplimiento por parte del Gobierno de los plazos legales.*

Confirmado el carácter indudablemente obligatorio que, desde nuestro punto de vista (y, por lo tanto, oponiéndonos a la doctrina del Consejo de Estado), tienen los plazos legalmente establecidos, se puede afirmar que la actitud del Gobierno al respecto constituye una constante, y normalmente injustificada, vulneración de la ley. Efectivamente, no han sido pocas, hasta el momento, las ocasiones en que los plazos previstos por las leyes para su desarrollo reglamentario han resultado flagrantemente incumplidos por el Gobierno (68) (69).

Tal incumplimiento, aparte de afectar a la esfera jurídica de los administrados, constituye una vulneración del ordenamiento jurídico, dado que, además de constituir una actitud *contra legem*, implica una absoluta ignorancia de ciertos principios constitucionales; abstracción hecha de la pérdida de operatividad que para la ley puede

(65) F. GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 1368.

(66) Como afirma el Tribunal Supremo: «... no rige aquí la autonomía de la voluntad, y menos aún el voluntarismo de decisionismo, ni por supuesto la arbitrariedad» (STS de 16 de junio de 1989, Ar. 3750, Fto. 3).

(67) Como señala L. PAREJO, la vinculación positiva del Gobierno, en cuanto poder público, se produce a todos los principios generales del Derecho, destacando el de «interdicción de la arbitrariedad» (ex art. 9.3 CE). L. PAREJO ALFONSO, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, pág. 164.

(68) Entre otros, han resultado incumplidos el plazo imperativo que imponía la Ley 48/84, reguladora de la Objeción de Conciencia y la Prestación Social Sustitutoria; así como el plazo previsto por la Ley 18/91 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el establecido en la Disposición Adicional primera, 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Al respecto el Tribunal Supremo afirmó que «... el incumplimiento administrativo de los mandatos legales de desarrollo de sus normas dentro del marco que las mismas establezcan no puede en modo alguno impedir su aplicación por los Tribunales... produciendo como único resultado un vacío reglamentario que debe ser suplido por la jurisdicción, en el ejercicio de su función integradora, a través de la concreción de los límites que dimanar del ordenamiento jurídico vigente...» (STS de 21 de septiembre de 1985, Ar. 5121).

(69) En este sentido, afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR que «... la inmensa mayoría de los plazos que las leyes imponen al Gobierno para dictar reglamentos son flagrantemente infringidos, como corresponde al estereotipo de la impunidad latina...». J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 798.

suponer la falta de desarrollo reglamentario. Efectivamente, los principios de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución (70), resultan vulnerados por la pasividad del Gobierno en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley.

a) *Principios generales del Derecho vulnerados.*

El principio de legalidad resulta vulnerado, puesto que, de conformidad con el mismo, las normas de carácter reglamentario no podrán infringir lo previsto por las leyes elaboradas por las Cortes u otros actos con fuerza de ley (71); infracción que, evidentemente, se produce en los supuestos que estamos estudiando. En estos casos, como señala M. Jesús MONTORO CHINER, se puede afirmar que la inactividad del Gobierno, existiendo por ley mandato positivo de actuar, resulta ilegal; el mandato jerárquico constitucional de la primacía de la ley es claro: allá donde exista una obligación legal que cumplir o un precepto que ejecutar, la conducta pasiva administrativa es ilícita (72).

También se ve afectado el principio de seguridad jurídica, dado que los administrados a los que resultaría aplicable el reglamento permanecen en una situación de absoluta incertidumbre, sin saber a qué atenerse exactamente en tanto en cuanto la correspondiente norma administrativa no sea elaborada, lo que les obliga a soportar una situación de inestabilidad jurídica inadmisibles (73); abstracción hecha de los daños que la falta de la norma administrativa pueda ocasionarles.

El principio de responsabilidad ha de traerse igualmente a colación, ya que, en relación con lo anteriormente dicho, si la ausencia de reglamento afecta a ciertos administrados hasta el punto de oca-

(70) Estos principios constitucionales, como afirma el Tribunal Constitucional, «... no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho» (SSTC 27/81, de 20 de julio, Fto. 10, y 99/87, de 11 de junio, Fto. 6). Por otra parte, ninguno de los citados principios resulta invocable en amparo (Vid. al respecto, entre otras, las SSTC 155/88, de 22 de diciembre, Fto. 3; 263/88, de 22 de diciembre, Fto. 3, y 155/92, de 19 de octubre, Ft. 2).

(71) F. GARRIDO FALLA y otros, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 163.

(72) M. Jesús MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes*, núm. 110 de esta REVISTA, mayo-agosto 1986, págs. 278 y 290.

(73) Vid. al respecto la STC 108/86, de 29 de julio, Fto. 19, en la que se concibe comúnmente el principio de seguridad jurídica como «el saber a qué atenerse».

sionarles algún tipo de daño o perjuicio, el Gobierno, responsable al fin y al cabo de la falta de regulación, habrá de responder, en principio, de tales perjuicios. Es posible que el incumplimiento de los plazos estuviera justificado en el sentido de que existieran motivos de entidad suficiente para explicar un retraso de carácter extraordinario, pero tal justificación no eximiría al Gobierno de su responsabilidad por los daños ocasionados con el retraso (74).

Por último, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos habrá de ser tenido presente también en estos supuestos, puesto que, aunque resulta indudable que, en ocasiones, la falta de reglamentación oportuna pueda deberse a causas de fuerza mayor o incluso basarse en motivos plenamente justificados y razonables, hay ocasiones en las que el incumplimiento de los plazos previstos legalmente se debe pura y simplemente a una actuación de la Administración ineficaz, negligente o falta de la necesaria previsión. Lo que la prohibición de la arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo (en nuestro caso, que justificase el retraso); la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho simplemente (75).

Bajando al plano de los hechos, la transgresión de los principios citados puede traducirse en graves daños para la esfera jurídica de ciertos administrados (76), sin olvidar, además, el

(74) En estos casos, como afirma J. LEGUINA VILLA, se trata de una responsabilidad objetiva independiente de toda idea de culpa en la producción del daño, ya que el deber de indemnizar de la Administración no depende de la conducta culpable de sus agentes, sino sólo del funcionamiento de los servicios públicos (conferencia pronunciada en las Jornadas sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Universidad Carlos III de Madrid, 18-19 de mayo de 1993).

(75) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, núm. 124 de esta REVISTA, enero-abril 1991, pág. 225.

(76) Así, la falta de normas de desarrollo de los «planes de ahorro popular» ha defraudado las legítimas expectativas de los contribuyentes creadas por el artículo 37.2 de la Ley 18/91, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Vid. al respecto I. MERINO JARA, *La ausencia de desarrollo de los planes de ahorro popular: hipotéticas consecuencias*, en la «Rev. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi», núm. 20, septiembre 1993.

En relación con la Ley 30/92, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque no se trata en este caso de una falta de desarrollo reglamentario de la Ley, sino de la ausencia de adecuación de los procedimientos a la misma, tal ausencia debida a la inactividad del Gobierno significa la aplicación directa de la ley, lo que plantea una serie de problemas que pueden llegar a constituir un obstáculo para la efectividad de la misma (plazo único para resolver cualquier solicitud administrativa, que la propia Ley regula con carácter subsidiario; el régimen de actos presuntos, cuya concreción se difiere por la Ley a las normas reglamentarias de adecuación; o la inaplicabilidad de la terminación convencional a falta de regulación reglamentaria), perturbando así el normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, con los consiguientes perjuicios que de tal situación se pueden desprender para los administrados.

perjuicio que en estos casos siempre se ocasiona al interés general (77).

b) *La naturaleza jurídica de los plazos legales y la imposibilidad de declarar la nulidad del reglamento dictado fuera de plazo.*

Una vez determinado el indudable carácter obligatorio de los plazos previstos por la ley para su desarrollo normativo (a pesar de ciertas tesis indefendibles que mantienen el carácter meramente indicativo de estos plazos), resultaría posible afirmar que el reglamento dictado fuera de plazo es «ilegal» y, en consecuencia, nulo de pleno derecho (78) (79), puesto que, de acuerdo con el artículo 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, son nulas de pleno derecho, entre otras, aquellas disposiciones administrativas que vulneren la Constitución y las leyes, como evidentemente sucede con los reglamentos dictados fuera de plazo. Los reglamentos intemporales vulneran la ley que imperativamente les impuso el correspondiente plazo y vulneran la Constitución al transgredir ciertos principios generales del Derecho en ella consagrados; especialmente, como se ha visto, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (*ex art. 9.3 CE*), en aquellos supuestos en

También la falta de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de conformidad con lo que al respecto dispone su Disposición Adicional primera, 2, afecta a los destinatarios de la omitida norma administrativa; así, entre otros, los Delegados Profesionales Técnicos del Tribunal Tutelar de Menores desconocen cuáles son sus funciones, fomento de la promoción interna, régimen de acceso y traslados y demás aspectos de su régimen estatutario.

Asimismo, la ausencia de desarrollo reglamentario de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964 (que en su art. 100.1 y 4 establece que el Gobierno cada dos años habrá de revalorizar la renta, atendiendo al aumento del coste de la vida y de los sueldos), deja a los arrendadores en una situación, en palabras del Tribunal Supremo, «penosa», «insostenible en muchos casos e injusta» (STS de 6 de noviembre de 1984, Ar. 5758), ya que les ocasiona una pérdida patrimonial considerable como consecuencia de verse sometidos imperativamente a una legislación que les impide sin justificación económica, social y jurídica suficiente cobrar una renta adecuada a los precios del mercado (vid. al respecto el voto particular emitido por el Magistrado don Alvaro Rodríguez Bereijo a la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo, al que se adhieren el Magistrado don Pedro Cruz Villalón y don José Gabaldón López).

(77) A. NIETO, *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, «DA», núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 57.

(78) Vid. al respecto la STS de 11 de junio de 1991, Ar. 4874, Fto. 3.

(79) Como afirma J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «si los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa sancionaran con un poco de rigor la inobservancia de los trámites del procedimiento reglamentario impuesto por las leyes, la inmensa mayoría de los reglamentos impugnados ante aquéllos tendrían que ser declarados nulos». J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 805.

los que el incumplimiento del plazo legal no esté en absoluto justificado. En consecuencia, los afectados por el reglamento ilegal podrían acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de los artículos 39.1 de la LJCA (80), 41 (81) y del 106.1 CE, que proclama el control por los tribunales de la potestad reglamentaria, solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho para el reglamento ilegal (82).

No es ésta, sin embargo, una solución ni conveniente desde el punto de vista de los administrados, ni congruente desde un punto de vista jurídico. Y esto porque, por la propia naturaleza jurídica de los plazos, resulta imposible pretender la nulidad del reglamento dictado pasado el momento imperativamente marcado por la ley. Efectivamente, los plazos previstos por las leyes para su desarrollo reglamentario no son de caducidad y, en consecuencia, la potestad reglamentaria no decae por el hecho de que el Gobierno haya dejado pasar (justificadamente o no) el plazo marcado por el legislador (83).

La no caducidad de estos plazos se deriva del propio sentido teleológico de las disposiciones de las leyes que los imponen, que es precisamente el de acelerar la promulgación de la norma administrativa (84). La voluntad del legislador es, en estos supuestos, que el reglamento se dicte «lo antes posible», si es que no se dictó dentro del plazo impuesto.

Por otra parte, es evidente que tampoco a los administrados beneficiaría en absoluto la declaración de nulidad del correspondiente reglamento, ya que con ello no lograrían más que prolongar su situación de incertidumbre e inseguridad jurídica.

(80) Artículo 39.1 LJCA: «Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, así como las Entidades locales y Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa.»

(81) Artículo 41 LJCA: «El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.»

(82) En este caso, la sentencia tendría efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos (*ex art. 86.2 LJCA*).

(83) En este sentido, el Consejo de Estado ha mantenido una constante doctrina en la que afirma la «no caducidad» de los plazos y, en consecuencia, que «... la inobservancia de esta clase de plazos no implica la decadencia de la potestad reglamentaria...» (Dictamen núm. 39264, de 12 de julio de 1974). En esta línea, *vid.* los Dictámenes núm. 39024, de 30 de mayo de 1974; núm. 40562, de 2 de diciembre de 1976; núm. 40800, de 17 de marzo de 1977; núm. 44442, de 15 de julio de 1982; núm. 45169, de 28 de abril de 1983.

(84) STS de 20 de julio de 1983, Ar. 3879, Cdo. 3.

c) *La inconveniencia de prorrogar los plazos previstos por la ley por medio de Decreto-ley.*

En ocasiones, el Gobierno, de cara a evitar la calificación de su pasividad como ilegal por sobrepasar los plazos imperativamente impuestos por la ley, ha recurrido a la técnica de prorrogar los plazos legales por medio del correspondiente Decreto-Ley, «legalizando» de este modo su pasividad.

Esta constituye una solución transitoria para el Gobierno que, como hemos señalado, de este modo evita que su pasividad pueda ser tachada de ilegal; solución ésta, más de forma que de fondo, y de la que ningún beneficio se deriva para los administrados que ven así prorrogada la espera de la promulgación del reglamento y, en consecuencia, su situación de inseguridad jurídica. Lo que interesa a los destinatarios del reglamento es que la norma se promulgue sin mayores demoras y que, en caso de que en el retraso producido como consecuencia de la inactividad administrativa se les hubiera ocasionado algún tipo de perjuicios, se les indemnice convenientemente; es decir, que se restablezca su alterada situación jurídica, lo que en realidad sólo tendrá lugar cuando se dicte el oportuno reglamento.

III. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EXIGIENDO EL EJERCICIO EFECTIVO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: CONVENIENCIA DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En consecuencia, salvo cuando se trate de un acto graciable, el administrado, potencial destinatario de la norma reglamentaria omitida, estará legitimado (85) para exigir ante la jurisdicción conten-

(85) Para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa se ha de estar «legitimado» para ello, lo que se traduce, de acuerdo con la jurisprudencia, en la exigencia de un «interés legítimo». El artículo 28.a) LJCA exige la existencia de un «interés directo»; no obstante, la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 7.3) se refiere únicamente a la necesidad de un interés «legítimo», en la línea de lo ya apuntado por la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional; entendiéndose por tal: «... el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general inciden en el ámbito del interés propio» (STS de 1 de julio de 1985, Ar. 3598, Cdo. 1).

En opinión de R. GÓMEZ-FERRER, «todo interés individual o social tutelado por el Derecho indirectamente, con ocasión de la protección del interés general, y no configurado como derecho subjetivo, puede calificarse como interés legítimo». En sus obras: «Derecho

cioso-administrativa el ejercicio efectivo por parte del Gobierno de su potestad reglamentaria (única forma, por otra parte, de que resulte restituida su dañada esfera jurídica) (86). La pretensión de los administrados constituirá, pues, una pretensión contra la negación de conducta determinada (87), exigiendo del Tribunal la correspondiente «decisión de condena»; decisión que, a pesar de no estar prevista legalmente, como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta perfectamente admisible en virtud del artículo 24.1 CE (88) (89).

En estos casos, «lo que suplen los Tribunales verdaderamente sería la inactividad, a través de compeler a actuar, pero no el contenido del acto que la Administración hubiera debido dictar» (90). Es evidente que el Tribunal contencioso-administrativo habrá de limitarse

a la tutela judicial efectiva y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», en la obra colectiva *Homenaje a J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS*, Ed. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1982, pág. 103; «La tutela judicial efectiva como derecho fundamental», en la obra colectiva *De la jurisprudencia constitucional*, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho, Instituto Fernando el Católico, Zaragoza, 1985, pág. 15.

(86) El Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones la imposibilidad de condenar a la Administración para que ésta elabore y promulgue una nueva norma, ya que tal condena desnaturalizaría la función jurisdiccional que, salvo en materia de ordenanzas fiscales (art. 85 LJ), «... sólo ejerce el control de la conformidad a Derecho del acto o disposición impugnados...» (vid., entre otras, las SSTs de 21 de marzo, 6, 7, 10, 13, 14, 17, 20, 21, 24, 27 y 28 de junio, y 1 y 15 de julio de 1991; Ars. 1991, 2888, 4961, 4970, 6206, 6212, 6213, 6215, 6216, 6217, 6218, 7124, 5995, 6000). No obstante, tal doctrina jurisprudencial se refiere a ocasiones en las que la potestad reglamentaria de la Administración tiene carácter graciable, es decir, ocasiones en las que ninguna ley impone al Gobierno la obligación de dictar la correspondiente norma administrativa. Por el contrario, la inactividad de la Administración es ilegal y antijurídica cuando constituya una omisión de actos «debidos» y, en consecuencia, en estos casos, corresponderá a los Tribunales, en su función de velar contra las vulneraciones del ordenamiento jurídico, fiscalizar la conducta del Gobierno («... juzgar...») y obligarle a que realice la conducta legal debida («... hacer ejecutar lo juzgado...») (art. 117.3 CE).

Sobre la ejecución de lo juzgado, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye necesariamente el derecho a la ejecución de sentencias contra la Administración (SSTC de 7 de junio y 16 de mayo de 1984; 23 de mayo, 7 de octubre y 12 de noviembre de 1985; 21 de febrero y 20 de octubre de 1986; 12 de marzo y 15 de julio de 1987). En palabras de J. TORNOS MAS, «... la tutela judicial no alcanza su plenitud en el momento de dictar sentencia. En este momento se hace jurisprudencia pero no justicia» (J. TORNOS MAS, «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», en la obra colectiva *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor GARRIDO FALLA*, vol. II, Ed. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1232).

(87) Vid. al respecto H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre*, Mohr, Tübingen, 1965, pág. 263.

(88) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y jurisdicción plenaria de los Tribunales contencioso-administrativos no limitada al efecto revisor de los actos previos. Dos sentencias constitucionales*, «REDA», núm. 79, pág. 487.

(89) En palabras del Tribunal Constitucional: «... una decisión judicial que condene a la Administración a hacer algo... no es una injerencia en el ámbito de actuación de la Administración...» (STC de 29 de abril de 1993).

(90) L. PAREJO ALFONSO, citado por M. J. MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de sentencias*, núm. 110 de esta REVISTA, mayo-agosto 1988, pág. 330.

a compeler al Gobierno a que actúe (a que dicte el oportuno reglamento) pero no podrá, en ningún caso, hacer referencia alguna al contenido que tal reglamento haya de tener, dado que es a la ley objeto de desarrollo, y sólo a ésta, a la que corresponde marcar los límites y dirección a los que el Gobierno ha de atenerse (91) (92).

Otra de las pretensiones de los demandantes podrá ser la exigencia al Gobierno de la correspondiente indemnización por los daños y los perjuicios derivados de su inactividad (*ex art. 42 LJCA*) (93), pues, como declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de enero de 1991 (Ar. 500), que reitera una jurisprudencia constante,

«... al operar el daño o perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante para la imputación de los mismos a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal».

(91) Al respecto afirma M. J. MONTORO CHINER que la omisión administrativa en la adopción de actos y disposiciones que impliquen ejercicio de discrecionalidad, cumplimiento de conceptos jurídicos indeterminados o fijación de prospectivas, sólo es sustituible por el Tribunal sobre la base de exigir actuación administrativa, pero no de dar a la decisión judicial el contenido que había de ser decidido por la Administración. Por el contrario, esta misma autora opina que cuando la actividad administrativa omitida sea «reglada», incluso en la fase de cumplimiento del fallo podrá ser sustituida por el Tribunal, ya que aquélla no ha efectuado tarea de valoración o apreciación de oportunidad, sino tan sólo valoración intelectual de apreciación de encaje de los hechos con la norma. Todo ello, no obstante, con las debidas reservas. M. J. MONTORO CHINER, *La ejecución de sentencias en el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, núm. 51 de la «Revista Documentación Jurídica», monográfico dedicado al Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, págs. 852-853.

(92) A propósito del asunto ahora analizado, en 1986 fue redactado un Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo que preveía en su artículo 104 lo siguiente: «Los Tribunales controlan la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio de los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por lesiones injustas que su actividad ocasiona a los ciudadanos y suplen la omisión de la actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada.»

(93) La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Francovitch y Bonifaci* (asunto C-6/90 y C-9/90) prevé la posibilidad de condenar al Estado a indemnizar a los afectados por la falta de trasposición dentro de plazo de una Directiva comunitaria. Podríamos pensar en la posible existencia de unos principios generales del Derecho comunitario. Si de conformidad con el artículo 9.1 CE, los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y dentro de la expresión «resto del ordenamiento jurídico» pueden incluirse los principios generales del Derecho comunitario, ¿no será posible establecer un cierto paralelismo entre la exigencia de responsabilidad al Estado por la no trasposición de una Directiva y la exigencia de responsabilidad al Gobierno por la no elaboración de un reglamento? Opina S. MUÑOZ MACHADO que resulta inevitable llevar a cabo una incorporación efectiva a los ordenamientos nacionales y a la práctica jurídica de los Estados miembros de algunos principios esenciales del nuevo Derecho comunitario europeo. S. MUÑOZ MACHADO, *La unión europea y las mutaciones del Estado*, Ed. Alianza Universal, Madrid, 1993, pág. 90. Vid. al respecto Peter HÄBERLE, *Derecho constitucional común europeo*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 79, enero-marzo 1993.

La carga de la prueba recaerá sobre los que demandan la indemnización (94), de manera que éstos habrán de demostrar: primero, la relación de causalidad entre los perjuicios y la omisión del Gobierno (95), es decir, que los daños sufridos por los administrados tuvieron su origen en la inactividad del Gobierno (96), y, segundo, que, de haber sido redactado el reglamento en el momento oportuno, tales daños no se habrían producido; pruebas ambas que constituyen un problema adicional, difícil de salvar, en el largo camino que los destinatarios del reglamento han de recorrer hasta verse restablecidos en sus derechos (97).

Por otra parte, debe señalarse que, al contrario de lo que podría parecer, la ausencia de disposición administrativa no constituye un escollo insalvable para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en demanda del reglamento pendiente, ya que, como afirma A. NIETO, no debe pensarse que la exigencia de la decisión previa que impone la LJCA (98) constituye un «requisito lógico inmanente», sino una «mera contingencia legislativa» («... ramas muertas que el tradicionalismo impide eliminar...») (99). Lo que importa, tal como

(94) Vid. al respecto, entre otras, las SSTs de 4 de diciembre de 1980, 23 de junio de 1981, 15 de marzo de 1982, 20 de septiembre de 1983 y 20 de enero de 1984 (Ars. 4610, 2730, 448 y 135).

(95) De acuerdo con la STS de 2 de febrero de 1982, «... hay nexo causal cuando entre el hecho y su resultado media una causalidad próxima o una causalidad razonablemente previsible...». J. LEGUINA opina que el nexo causal ha de ser, por lo general, directo, inmediato y exclusivo, aunque, en ocasiones, basta con que sea, según admite la jurisprudencia, indirecto, sobrevenido y concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima (J. LEGUINA VILLA, conferencia impartida en la Universidad Carlos III en las «Jornadas sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», 18-19 de mayo de 1993).

(96) Según J. FERRET I JACAS, en los casos de omisión sólo puede apreciarse la responsabilidad patrimonial cuando exista el deber de actuar. En su artículo *El control jurisdiccional de la inactividad administrativa*, «DA», núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 272.

(97) En cualquier caso, no debe olvidarse que, de conformidad con el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar. Es decir, el daño ha de ser «antijurídico» para poder así imputarlo a la Administración, como evidentemente sucede en el supuesto ahora analizado, ya que la ley no obliga al perjudicado a soportar el daño que para él se derive de la falta de reglamento. Como señala J. LEGUINA, la ilicitud del hecho dañoso se mide, pues, en los efectos negativos «injustificados» sobre el patrimonio del particular y no en la valoración reprochable de la acción que provoca. J. LEGUINA VILLA, conferencia impartida en la Universidad Carlos III de Madrid en las «Jornadas sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», 18-19 de mayo de 1993.

(98) Vid. al respecto los artículos 28.1, 37.1 y 41 LJCA. Ha de tenerse además presente que el artículo 37.1 LJCA, de acuerdo con la Disposición Adicional 10.ª de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha quedado redactado de la siguiente manera: «El recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa... de conformidad con lo previsto en esta Ley.»

(99) A. NIETO, *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, «DA», núm. 208, abril-diciembre 1986, págs. 231 y 233.

dispone la propia LJCA en su Exposición de Motivos, es «... si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expedita la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito formal» (100).

Efectivamente, en virtud del artículo 24.1 CE se ha de realizar una interpretación «abierta» y «antiformalista» de las reglas procesales, de manera que, en caso de duda, como afirma M. SÁNCHEZ MORÓN, se intente la superación del obstáculo que impida la continuación hasta llegar a la resolución del fondo del asunto objeto del litigio (101) (102).

En cualquier caso, la falta de cobertura legal frente a la inactividad del Gobierno nos conduce a cuestionarnos la necesidad de una reforma de la LJCA para hacerle frente (103); reforma en la que se eliminen reminiscencias del pasado, sobre todo procesales, carentes hoy de toda justificación y que no hacen sino dificultar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE, provocando la aplicación de enrevesadas figuras procesales que obligan al administrado a hacer malabarismos jurídicos (piénsese en

(100) Al respecto, el Parlamento ha venido rechazando diferentes proyectos legislativos que pretendían superar la traba impuesta por la LJCA. En este sentido merece la pena destacar la rechazada enmienda del PSOE al artículo 106 de la Constitución que disponía lo siguiente: «1. Toda la actividad de la Administración Pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo; 2. *Los Tribunales... suplen la omisión de la actividad de la Administración* cuando tal actividad es legalmente obligada»; así como el artículo 36 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que preveía que «... en el orden contencioso-administrativo será competente en todo caso, la jurisdicción contencioso-española cuando la pretensión se refiera a actos u omisiones de las Administraciones públicas». Vid. al respecto A. NIETO, *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, «DA», núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 13.

(101) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 9, septiembre-diciembre 1989, pág. 11.

(102) No obstante, parte de nuestra doctrina jurídica ha venido poniendo de manifiesto en numerosas ocasiones la necesidad de establecer un control jurisdiccional efectivo sobre la inactividad, así como la insuficiencia del control ejercitable mediante la técnica de transformar la inactividad material en inactividad formal. Vid. al respecto M. J. MONTORO CHINER, *La ejecución de sentencias en el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, en el núm. 51 de la «Revista Documentación Jurídica», monográfico dedicado al Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, julio-septiembre 1986, pág. 850.

(103) Debe señalarse que propugnamos una reforma de la LJCA que adapte ésta a las exigencias lógicas de las nuevas circunstancias sociales y jurídicas pero que sea, a su vez, plenamente respetuosa con aquella tradición jurídica que no precise en absoluto de modificación alguna y, en consecuencia, sin el absurdo «afán innovador» que ha caracterizado la reforma de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo y que ha dado al traste con institutos jurídicos que, si bien vieron por vez primera la luz en el año 1958, se mantenían «frescos» en la actualidad, siendo indeseable la eliminación que de ellos se ha llevado a cabo (piénsese en la supresión que la Ley 30/92 ha realizado del Dictamen favorable del Consejo de Estado que, como garantía elemental, se exigía para anular los actos administrativos). Habrá de tratarse, por lo tanto, como afirma J. GARCÍA MORILLO, de una reforma inspirada en una filosofía «conservadoramente renovadora». J. GARCÍA MORILLO, *Introducción* al núm. 51 de la «Revista Documentación Jurídica», monográfico sobre el Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, julio-septiembre 1986.

la necesidad de «provocar» un acto administrativo para poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa) y, en consecuencia, el alargamiento del proceso de forma insostenible para los afectados. Reforma con la que por fin se cumpliría el mandato contenido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se emplazaba al Gobierno a remitir a las Cortes, en el plazo, también incumplido, de un año, un Proyecto de Ley reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo (que no ya de la jurisdicción) (104).

De llevarse a cabo, tal reforma habría de acabar con el artículo 2.b) LJCA, sombra de la «razón de Estado», hoy de injustificable pervivencia, en virtud del cual podría resultar exento de control el ejercicio de la potestad reglamentaria, si fuese calificado como acto «político» (como ha sucedido con las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1984 y de 23 de febrero de 1993, que provocaron una incomprensible actualización de esta figura jurídica que, si bien tuvo su razón de ser en el pasado, hoy tras la promulgación de la Constitución carece de toda justificación razonable) (105).

También, la reforma debería intentar adaptar las disposiciones de la LJCA a las nuevas tendencias jurisprudenciales ampliatorias del objeto impugnado y que dan entrada a un nuevo tipo de acciones como son las de «condena».

Y, finalmente, habría de tener entre sus principales objetivos el de lograr la satisfacción de las nuevas exigencias sociales, entre las que destaca la necesidad de proporcionar una defensa adecuada a intereses surgidos recientemente y que demandan una protección adecuada como son los denominados intereses «colectivos o difusos» (106);

(104) En cumplimiento de tal mandato, en 1986, fue redactado un Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo por una Comisión constituida por J. Arozamena (presidente); J. Leguina Villa; P. García Manzano; J. A. Xial; J. M. Pabón Acuña; J. L. González Berenguer; L. Martí y J. García Morillo. Entre otras innovaciones, al hilo de lo expuesto en este artículo, en tal Proyecto se preveía, en su artículo 25.2, la posibilidad de interponer recuso contencioso-administrativo contra «la inactividad material de la Administración». También en su artículo 113 se contemplaba la ejecución de sentencias de condena a realizar una determinada actividad o a «dictar un acto o disposición».

(105) Un claro resumen de la evolución histórica experimentada por los actos políticos o de Gobierno lo encontramos en la obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, núm. 39 de esta REVISTA, mayo-agosto 1962, págs. 180 y ss.

(106) En la defensa de este tipo de intereses tiene el liderazgo el sistema jurídico norteamericano, en el que se da entrada a un interesante instrumento procesal para su defensa como son las *class actions*, por medio de las cuales se pueden hacer valer de forma individual y sin necesidad de apoderamiento formal expreso, intereses compartidos por varios sujetos con trascendencia procesal para todos ellos. Un detallado estudio sobre este tipo de acciones de origen anglosajón lo encontramos en la obra de M. CUCHILLO FOX, *Las «class actions» como mecanismos de protección de los derechos económicos y sociales en el*

ampliándose de este modo la legitimación (107), como en cierta manera ha hecho la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que abre explícitamente la vía para la protección de los intereses legítimos colectivos admitiendo su defensa por asociaciones y grupos (108).

No obstante, mientras tal reforma no se realice, corresponde a la jurisprudencia el importante papel de ir adaptando las regulaciones obsoletas a las nuevas exigencias sociales, por ejemplo, como ha venido haciendo, admitiendo sin necesidad de acto o disposición previas, las acciones de condena contra la inactividad administrativa injustificada y, por lo tanto, ilegal.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegamos en este punto a una serie de conclusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno en lo que se refiere a los reglamentos «ejecutivos».

Como se ha indicado, la postura del Tribunal Supremo sobre la cuestión suscitada viene siendo la de conceder al acto de ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno una naturaleza uniforme, considerándolo en todos los casos y, por consiguiente, sea cual sea la letra de la ley objeto de desarrollo, como un acto «político», tratando así de justificar, en la medida de lo posible, el incumplimiento de la ley por parte del Gobierno. Solución ésta que, desde nuestro punto de vista, y tras la promulgación de la Constitución, no es correcta ju-

ordenamiento de los Estados Unidos, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalidad de Cataluña.

(107) Acerca de la legitimación, fueron importantes las innovaciones introducidas por el citado Anteproyecto redactado en 1986, que llevó a cabo una notable ampliación de los supuestos de legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo a cualquier persona legítimamente interesada en la simple anulación del acto o disposición impugnado, aunque de ello no le derivase una ventaja individual; además, se extendían los efectos de la sentencia estimatoria del recurso a las personas afectadas por el acto o disposición anulada aunque no hubieran sido parte. En definitiva, el proceso contencioso-administrativo se «socializaba». De este modo los intereses legítimos incluían también los denominados «colectivos» —*ex art.17.1.b) del Anteproyecto*—, en la línea de lo ya establecido por el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Vid. al respecto M. SÁNCHEZ MORÓN, *Las partes en el Anteproyecto de Ley reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo*, en el núm. 51 de la «Revista Documentación Jurídica», monográfico dedicado al Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-Administrativo, julio-septiembre 1986, págs. 757-769.

(108) Ley que, por otra parte, hasta el momento, y a pesar del tiempo transcurrido, carece del necesario desarrollo en las materias que nos ocupan. Vid. al respecto GÓMEZ DE LIANO, *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en «Justicia», 1986, págs. 554 y ss.

rídicamente (ya que se opone, tanto a la voluntad del legislador, como a la letra de la propia ley y, en consecuencia, al principio de legalidad consagrado por nuestro Texto Constitucional, así como al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otros), ni deseable desde un punto de vista práctico (puesto que, de acuerdo con el art. 2.b) LJCA, los afectados por los actos políticos o de Gobierno tienen derecho a ser indemnizados; indemnización que, por su elevadísima cuantía en muchos de estos casos —por afectar a intereses difusos o colectivos—, resultaría prácticamente inviable).

La doctrina del Tribunal Supremo en este sentido coloca, pues, a los administrados ante un acto jurídicamente infiscalizable, por cuyos efectos lesivos, aunque tienen derecho —*ex art. 2.b) LJCA*—, a duras penas obtendrán indemnización, sencillamente por resultar prácticamente insostenible para la Administración asumir el pago de cifras tan elevadas como son las que se desprenderían en muchos de estos casos.

Oponiéndonos a la doctrina del Tribunal Supremo, opinamos que la naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria no es uniforme, sino que varía dependiendo de lo que al respecto disponga la letra de la propia ley objeto de desarrollo (normalmente, en sus disposiciones adicionales).

Así, en aquellos supuestos en que el legislador guarde silencio acerca del desarrollo reglamentario o en que sencillamente deje a la libre decisión del Gobierno su desarrollo («... el Gobierno podrá...») por entender que ha regulado suficientemente la materia, nos encontraremos ante un acto administrativo (aunque sea del Gobierno), «discrecional» desde el punto de vista de la Administración (ya que queda a su entera libertad la decisión acerca de su desarrollo reglamentario) y «graciable» desde el punto de vista del administrado destinatario de la norma (pues no puede exigir a la Administración la realización de algo a lo que no está en absoluto obligada por ley). En este caso, el administrado no podrá dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa para solicitar el desarrollo normativo de la ley, ni para exigir tampoco el pago de una indemnización por los daños que supuestamente le haya ocasionado la falta de norma reglamentaria, dado que, como ya dijimos, ninguna lesión se puede derivar de la falta de un reglamento absolutamente innecesario por haber agotado la ley la regulación de la materia.

En aquellas leyes en las que el legislador imponga con carácter obligatorio al Gobierno su desarrollo reglamentario («... el Gobierno desarrollará...») pero en las que le conceda absoluta libertad para elegir cuál haya de ser el momento oportuno para dictar las correspondientes normas, nos hallaremos ante un acto administrativo, de

carácter «debido» en cuanto al desarrollo de la ley en sí, pero dotado de cierta «discrecionalidad» en cuanto a la elección del «momento oportuno» para la puesta en marcha de la potestad reglamentaria; en estos casos, la discrecionalidad administrativa es relativa puesto que el Gobierno, atendiendo a los intereses en presencia (que no son sino hechos «determinantes»), habrá de promulgar la norma administrativa en un «plazo razonable», sin superar el momento o período temporal que se considere «oportuno» para dictar tal norma. Al respecto, entendemos que cuando la falta de norma reglamentaria ocasione daños a sus futuros destinatarios la Administración habrá dejado pasar el «momento oportuno» y, en consecuencia, su pasividad podrá ser considerada arbitraria (a menos que haya motivos suficientes que justifiquen su actitud omisiva). En estos supuestos, el administrado podrá acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para solicitar, tanto la puesta en marcha de la potestad reglamentaria, como una indemnización por los daños que le haya ocasionado el que la norma administrativa no fuese promulgada en el «momento oportuno».

Si el legislador impone al Gobierno el desarrollo reglamentario de una ley dentro de un plazo establecido con carácter imperativo («... el Gobierno desarrollará en el plazo de...»), el ejercicio de la potestad reglamentaria constituirá un acto administrativo estrictamente «debido» (tanto en cuanto al desarrollo de la ley en sí, como al momento en que la norma administrativa haya de ser publicada). En estos supuestos, no hay espacio para la discrecionalidad administrativa y, ante la pasividad del Gobierno y su consiguiente incumplimiento de la ley, el administrado podrá acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando, tanto la compulsión al Gobierno para que desarrolle la correspondiente ley, como la indemnización que sea procedente por los daños que tal actitud omisiva administrativa les haya ocasionado.

No obstante, la realización efectiva de la pretensión indemnizatoria, como ya se señaló, no deja de ser casi una utopía dada en muchos casos la amplitud de los intereses en presencia (intereses difusos o colectivos) y las dificultades materiales de la Administración para hacer frente a los mismos.

En este punto debemos recordar que no constituye una solución adecuada contra la inactividad del Gobierno la prórroga de los plazos por medio de Decreto-Ley, ya que con la utilización de esta medida lo único que se logra es alargar una situación insostenible, aunque se «legalice» la pasividad del Gobierno (109).

(109) Al respecto, opina J. A. SANTAMARÍA que «... en lugar de forzar a doctrina y Tri-

Por otra parte, reiterar asimismo la imposibilidad de declarar la nulidad del reglamento dictado fuera de plazo, dado que los plazos impuestos por el legislador no son de caducidad y, en consecuencia, tal declaración sería incongruente con la naturaleza jurídica de los mismos, así como con el sentido teleológico de las disposiciones legales que los establecen, que es precisamente lograr el cumplimiento de los plazos «a la mayor brevedad posible» una vez que hayan sido superados.

En definitiva, determinado el carácter «administrativo» del acto de ejercicio de la potestad reglamentaria (y no político, como pretendía el Tribunal Supremo) queda clara, pues, la posibilidad de los afectados por la falta de norma reglamentaria de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en demanda de la promulgación del reglamento omitido (excepción hecha de las ocasiones en que la potestad reglamentaria tenga carácter «graciable»); posibilidad que, dados los obstáculos procesales existentes, nos reconduce al planteamiento de una posible reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con el fin de llevar a cabo su actualización

Finalmente, sólo señalar, descendiendo a la realidad práctica de la vida administrativa diaria, que la regla general, hoy por hoy, es el incumplimiento de la ley por el Gobierno (en nuestro caso, en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria, bien en «momento oportuno», bien dentro de los plazos que la propia ley le impone) sin que pase absolutamente nada.

Como afirma J. GARCÍA AÑOVEROS, «... la ley no se cumple... y no pasa nada más que eso, que no se cumple... el incumplimiento de la ley... sin que pase nada, es precisamente lo que pasa» (110) (111).

bunales a sostener teorías indefendibles, lo que hay que hacer es cumplir los plazos, o prorrogarlos mediante Decreto-Ley; o, más sencillamente, no ponerlos». (J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 798).

(110) J. GARCÍA AÑOVEROS, *Un despotismo sin lustre*, diario «El País», jueves 24 de marzo de 1994, pág. 22.

(111) En todo caso, no puede negarse que la culpa de la inactividad normativa de la Administración radica también en parte en la marea normativa, *Regelungflut*, y en la improvisación legislativa que fluye desde los distintos centros de poder (sobre la «inflación legislativa», vid. K. HUBER, *Gesetzinflation?*, Ed. Cívitas, 1977). La concentración legislativa abruma con su cumplimiento a la Administración y es, por lo general, la causa de la inactividad material de ésta, provocando asimismo la paralización de procedimientos iniciados, por constituir obligaciones o mandatos irrealizables (M. J. MONTORO CHINER, *La inactividad administrativa en el proceso de ejecución de las leyes*, núm. 110 de esta REVISTA, mayo-agosto 1986, págs. 297-298).

JURISPRUDENCIA

