

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

342.51:340.13:351.95(46)

Por FERNANDO GARRIDO FALLA

EL profesor Meilán acaba con sus breves palabras de justificar, hasta cierto punto, un tema como es este de la fiscalización de los decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa, que quizá —*prima facie*— no tenga un encaje perfecto en la temática general de estas Jornadas. Pienso, sin embargo, que tratándose como es de un tema básico del Estado de Derecho, dentro de cuyo marco formal han de producirse todas las operaciones del desarrollo económico, es, en este sentido, un tema de importancia primordial.

El artículo 1.º de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dice así: «La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá

* Texto magnetofónico de la conferencia pronunciada el día 4 de octubre de 1969, en el curso de las II Jornadas Administrativas de Galicia (Bayona la Real-Pontevedra, 2-4 de octubre de 1969).

de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública, sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley.»

De este precepto se deduce inmediatamente la consecuencia de que las disposiciones administrativas, y no solamente los actos administrativos singulares, son impugnables ante la jurisdicción, pero sólo aquellas que no tengan categoría, valor formal de ley. ¿Cuáles son estas disposiciones que tienen rango de ley? Por supuesto, habrá que incluir aquí a las leyes en sentido formal, que, según nuestro Derecho, son tanto las leyes elaboradas y aprobadas por las Cortes Españolas de acuerdo con su ley orgánica, como las leyes dictadas por el Jefe del Estado en virtud de la disposición transitoria primera de la ley Orgánica del Estado, donde específicamente se recuerda que esta potestad sigue estando en manos del Jefe del Estado. En relación con ninguna de estas disposiciones cabe, naturalmente, el recurso contencioso-administrativo. Claro está que podría plantearse el tema, supuesto que en nuestro Derecho se ha establecido ya el llamado escalón de la superlegalidad (de las leyes Fundamentales, que tienen un mayor rango que las leyes ordinarias), de cómo fiscalizar la posible discrepancia entre estas leyes ordinarias del Jefe del Estado o de las Cortes y esas leyes Fundamentales antes aludidas; pero es evidente que la contestación a este tema viene dada en virtud de competencias que nuestras últimas y más recientes leyes han atribuido a la jurisdicción de contrafuero, distinta de la jurisdicción contencioso-administrativa. No tenemos, por consiguiente, que hacernos aquí tema de esta posible vía de fiscalización.

Lo importante es que me refiera a las disposiciones con valor de ley, pero emanadas del poder ejecutivo, es decir, no del Jefe del Estado en virtud de esas potestades excepcionales que tiene, no de las Cortes Españolas, sino precisamente del poder ejecutivo. De acuerdo con nuestro Derecho, y de acuerdo también con el Derecho comparado, estas disposiciones con valor de ley se dan en dos supuestos concretos: el de los decretos-leyes y el de los decretos legislativos.

Por lo que se refiere a los decretos-leyes, el artículo 13 de la vigente ley de las Cortes Españolas dice que por razones de urgencia (y ahí está la justificación del decreto-ley) el Gobierno podrá proponer al Jefe del Estado la sanción de decretos-leyes para regular materias enunciadas en los artículos 10 y 12, que son precisamente los que establecen la «reserva de la ley». «La urgencia —continúa diciendo el artículo— será apreciada por el Jefe del Estado, oída la Comisión a que se refiere el artículo anterior, la cual podrá llamar la atención de la Comisión permanente si advirtiera materia de con-

trafuero. Acto continuo de la promulgación de un decreto-ley se dará cuenta de él a las Cortes.»

En segundo lugar me refería a los decretos legislativos. Los decretos legislativos tienen también, evidentemente, respaldo en nuestro Derecho fundamental y ordinario. El artículo 10 de la ley de Régimen Jurídico dice que es de la competencia del Consejo de Ministros: «4) Someter al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de ley cuando el Gobierno cuente para ello en cada caso con expresa delegación *por ley votada en Cortes* y previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.» Y esto no es solamente un precepto ordinario, sino que ha venido a constitucionalizarse con el artículo 51 de la ley Orgánica del Estado, según el cual el Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley, vuelve a repetirlo: «con arreglo a las *autorizaciones expresas de las Cortes*». En ambos casos, pues, se trata de disposiciones emanadas del poder ejecutivo; en ambos casos también se da entrada en escena a las Cortes Españolas; la diferencia está en que en un caso (en el caso, concretamente, de los decretos legislativos) la intervención de las Cortes Españolas es previa, es una intervención habilitante; en el caso, en cambio, de los decretos-leyes, la intervención de las Cortes Españolas es *a posteriori*, es sucesiva, y, además, tengo que subrayarlo, mínima, porque lo único que dice la ley de Cortes es que «se dará cuenta a las Cortes». Y curiosamente hay que observar que al proceso evolutivo, institucionalización y perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico, aquí es justamente donde podría hacerse algún reparo; porque con anterioridad a la modificación de la ley de Cortes en marzo de 1946, la intervención de las Cortes era «para elevar, si procedía, el decreto-ley al rango de ley», mientras que ahora se exige solamente «dar cuenta a las Cortes».

Fuera de estos casos que acabo de citar (decretos legislativos y decretos-leyes del artículo 13 de la ley de Cortes) juega con toda su virtualidad el llamado «principio de reserva de la ley»; es decir, aquel principio en virtud del cual el poder ejecutivo no puede reglamentar cuestiones que son de la competencia del legislativo. El principio además está en nuestro actual Derecho constitucionalizado: el artículo 52 de la ley Orgánica del Estado dice que, «salvo el caso previsto en el artículo anterior (artículo 51 *a*), que ya me he referido con anterioridad) y los comprendidos en el apartado *d*) del artículo 10 de esta ley y en el artículo 13 de la ley de Cortes (decretos-leyes de que también he hablado), el Gobierno no podrá dictar disposiciones que, de acuerdo con los artículos 10 y 12 de la ley de

Cortes, deban revestir forma de ley». Por consiguiente, en estas materias que son de la competencia específica de las Cortes, el Gobierno no puede legislar, no puede dictar reglamentaciones. Por lo que se refiere al artículo 10, apartado *d*), de la ley Orgánica del Estado, enumera unos casos excepciones, a saber: El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino para: «*d*) Adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes.» Aquí también se trata de casos en los cuales se podría incluso dejar en suspenso, derogar, modificar una ley (porque la palabra medidas tanto hace referencia a disposiciones de carácter general como a actos singulares); aquí también podría actuar el Jefe del Estado, en fin, sin tener en cuenta las limitaciones establecidas por leyes formales anteriores.

El tema que nos interesa, después de hecha esta exposición de carácter general, es el de las posibilidades que tenga la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de recursos que se dirijan a impugnar este tipo o estos tipos de disposiciones, con fuerza de ley, que dicta el poder ejecutivo. La posibilidad, por consiguiente, de impugnar, y de que la jurisdicción entre en el fondo del asunto, decretos-leyes y decretos legislativos. Veamos qué tratamiento debe darse a esta materia.

Por lo que se refiere a los decretos-leyes, no tengo ningún inconveniente en adelantar desde ahora mi opinión absolutamente rotunda, sin reservas mentales de ninguna clase, en cuanto a la imposibilidad de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa. Entiendo que el decreto-ley, efectivamente, es inimpugnable, y no solamente por la razón elemental, y seguramente ingenua de que tiene valor de ley (porque si admitiese este argumento se me vendrían abajo los argumentos que después voy a emplear en relación con los decretos legislativos), sino porque, en definitiva, lo que ocurre con el decreto-ley es que faltan puntos de referencia para su posible fiscalización. Porque, en efecto, podría decirse a la vista de un decreto-ley dictado por el Gobierno y firmado y sancionado por el Jefe del Estado que va contra tal o cual ley anterior votada por las Cortes; pero, claro está, es que los decretos-leyes, por definición, se dictan para eso, para suspender, para derogar, para modificar legislación formal anterior; es que ésa es justamente su razón de ser. Que la forma como nuestro sistema constitucional resuelve esa posibilidad del Gobierno, sea o no satisfactoria, ésta es una cuestión distinta; que las Cortes en su intervención posterior debieran

fiscalizar, intervenir más a fondo el ejercicio de la potestad del Gobierno, eso es una cuestión también de *lege ferenda* que podría solucionarse en sentido distinto a como está solucionada; pero lo que es evidente es que, de acuerdo con nuestro Derecho positivo, y por definición de lo que es un decreto-ley, no cabe buscar como punto de referencia para la impugnación del decreto-ley la existencia de una ley anterior. En este sentido, por consiguiente, me parece que está fuera de duda la inimpugnabilidad del decreto-ley.

Hay, es cierto, un argumento que podría esgrimirse para intentar montar la posibilidad de la fiscalización del decreto-ley. Nuestro Derecho positivo exige la existencia de urgencia; y, además, esa urgencia, apreciada por el Jefe del Estado, requiere la audiencia de una Comisión especial constituida por el artículo 12 de la ley de las Cortes Españolas. ¿Y si ese trámite previo no se ha cumplido? ¿No sería éste un motivo precisamente para fiscalizar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la validez del decreto-ley que se haya dictado, sin cumplir ese trámite de oír a la Comisión del artículo 12 de la ley de Cortes? Aunque evidentemente ya aquí sí hay un punto de referencia, sigo entendiendo que el decreto-ley, incluso con existencia de ese vicio de procedimiento, es inimpugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y las razones para ello son las siguientes:

1.^a No se trata en estos casos de fiscalizar la actividad del poder ejecutivo, porque lo que se dice en el artículo 13 de la ley de Cortes es que la urgencia la apreciará el Jefe del Estado. Por consiguiente, el Jefe del Estado, en cuanto Jefe de todo el Estado, incluso en cuanto Jefe del Estado por encima de los poderes ejecutivos y legislativos, que, en diferente medida, son los que intervienen en la promulgación del decreto-ley con la audiencia de esa Comisión de las Cortes.

2.^a Precisamente esta es una cuestión entre los más altos poderes del Estado: Cortes por una parte, el poder ejecutivo e incluso el Jefe del Estado. Es una cuestión de relación entre poderes que escapa, a mi juicio, a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vista de cómo esta competencia está establecida en la ley Jurisdiccional. Entiendo, por consiguiente, que aquí, en todo caso, si efectivamente faltase este requisito previo de la intervención de la Comisión del artículo 12 de la ley de Cortes, quien tendría que llamar la atención, quien podría provocar una cuestión tendente a la revisabilidad de ese decreto-ley serían las propias Cortes Españolas, llamando la atención al Gobierno por haberse dictado, por haberse dado cuenta de un decreto-ley sin cumplir ese trámite previo.

También se puede alegar, naturalmente, que el decreto-ley puede infringir alguno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y, consiguientemente, ser materia de contrafuero; pero entonces nos remitimos a lo que acabamos de decir anteriormente en relación con las leyes. El sistema de fiscalización de la adecuación entre la legislación ordinaria (leyes o decretos-leyes) y leyes Fundamentales no es de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que, en su caso, sería objeto del recurso de contrafuero.

¿Cabe mantener la misma argumentación o análoga argumentación en relación con los decretos legislativos? Si he sido tajante en la contestación al caso de los decretos-leyes quiero también serlo (aunque, naturalmente, para propugnar una solución distinta) en el caso de los decretos legislativos. Ante todo, ¿qué son los decretos legislativos? El decreto legislativo como etiqueta, como denominación o rúbrica fue fundamentalmente extendido por la doctrina italiana, recibido con bastante éxito por nuestros tratadistas y finalmente incorporado incluso a la terminología usual de nuestras leyes y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Pero, en definitiva, se trata de un género que cubre distintas especies. Concretamente las tres especies fundamentales que se descubren bajo el nombre del decreto legislativo son las siguientes: En primer lugar, los textos articulados; es decir, el juego leyes de bases-textos articulados. Las Cortes aprueban una ley de Bases, después el Gobierno articula a partir de esas bases un texto en desarrollo de las mismas. El caso más frecuente en nuestra legislación reciente lo tenemos, por ejemplo, en materia de régimen local. Como es sabido, se dictó la ley de Bases de 1945, que da lugar a un texto articulado de 1950; hay modificaciones a la ley de 1945, y, como consecuencia, hay también modificaciones en el texto articulado, y, en definitiva, tenemos un texto articulado de régimen local de 1955 que se conoce, y esto es lo que quiero subrayar, con el nombre de ley de Régimen Local; es decir, que cuando en la práctica jurídica y administrativa se hace referencia a la ley de Régimen Local nadie piensa, a pesar de que se use el nombre de ley, en la ley de Bases de 1945 y en sus modificaciones sucesivas, sino en un texto que está aprobado por decreto del Gobierno.

Está, en segundo lugar, el caso de los llamados textos refundidos. Los textos refundidos, que vienen a incorporar legislación que anteriormente tenía ya valor de ley, pero que se encuentra dispersa en dos o más textos legales. El Gobierno recibe una autorización para refundir y lo hace; lo que recibe de las Cortes es una autorización de sistematización; de sistematizar lo que estaba dis-

perso en textos anteriores. El ejemplo más frecuente lo encontramos en nuestras leyes fiscales. Con motivo concretamente de la reforma fiscal de 1964 se dicta una serie de textos refundidos que en su totalidad constituirán la base de nuestro Derecho fiscal. Derecho fiscal, pues, consagrado en textos refundidos.

Y está, en tercer lugar, otro tipo de autorizaciones mucho más genéricas que casi consisten en el «cheque en blanco» firmado por las Cortes para que lo rellene el Gobierno. Por citar un caso sintomático me referiré a la ley de 7 de noviembre de 1957 en relación con el régimen especial de Madrid, Barcelona y las grandes ciudades. Después se han dictado los textos en desarrollo de aquella ley de 1957, la Carta Municipal de Madrid, la Carta de Barcelona y, posiblemente, alguna otra que se dicte en el futuro, todas ellas también con la pretensión de leyes o textos con valor de ley formal; y así lo han entendido sus redactores, puesto que han hecho tabla rasa del Derecho local anteriormente vigente para buscar las soluciones que se han estimado más oportunas e idóneas para estas grandes ciudades. Por consiguiente, estos textos se citan, se utilizan ante los Tribunales y se utilizan por la Administración como textos con valor de ley. Son, consiguientemente, un tercer ejemplo de decretos legislativos.

Pues bien: el tema es el de la posibilidad de impugnar estos textos ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, por consiguiente, de que la jurisdicción entre en el examen de los mismos. Aquí, como ya anunciaba, mi respuesta es distinta a la del decreto-ley. Y es distinta por una razón elemental, porque estos textos tienen valor de ley *en tanto en cuanto* se tengan en cuenta dos puntos de referencia; y teniendo puntos de referencia cabe fiscalización. El punto de referencia primero es el procedimiento: en tanto en cuanto al dictarse el texto se haya respetado escrupulosamente el procedimiento para dictarlo, aquél tendrá valor de ley. Segundo, en tanto en cuanto exista adecuación entre la habilitación o delegación (es decir, las bases establecidas por las Cortes) y el texto que desarrolló el Gobierno en uso de esa habilitación de las Cortes. Digo, por consiguiente, que estamos en presencia de dos puntos de referencia; dos puntos de referencia que, por tanto, pueden determinar la fiscalización de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que serían las competentes para, en su caso, conocer de los recursos que se interpusiesen.

En cuanto al procedimiento, me remito a los preceptos ya citados: concretamente en el artículo 10-4 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se habla de someter al Jefe

del Estado preceptos con fuerza de ley, siempre que se cuente con la autorización, y *previo dictamen del Consejo de Estado en pleno*. Ya tenemos aquí la consagración legal de un trámite, cuyo incumplimiento determina vicio jurídico.

Si falta este trámite, ¿qué puede ocurrir? Recordemos ante todo que el trámite se establece en el artículo 10-4 de la ley de Régimen Jurídico, pero, en cambio, nada se dice de él en el artículo 51 de la ley Orgánica del Estado. De lo que podría deducirse la conclusión de que la ley Orgánica del Estado, en este sentido, ha venido a corregir a la ley de Régimen Jurídico, quitando un trámite que antes existiría en nuestro Derecho y que ya no existe. Mi interpretación personal del asunto no es ésta; yo entiendo que la ley Orgánica del Estado ha venido, por supuesto, a derogar todo aquello que se le opone, pero no a derogar todo aquello que no ha sido expresamente asumido por ella. La ley Orgánica del Estado lo que ha hecho es convertir determinados preceptos de nuestro Derecho positivo en Derecho positivo fundamental. Lo que no ha derogado expresamente, o no está en contradicción con lo dicho por la ley Orgánica, no hay que entender que está derogado por vía de abrogación; simplemente lo que ocurre es que se queda en el plano del Derecho positivo ordinario y no en el plano del Derecho positivo fundamental. Concretamente, y resumiendo la postura, a mi juicio, lo que ocurre es que el trámite de audiencia del Consejo de Estado en este momento no es un trámite *constitucionalizado*, lo cual no quiere decir que no sea un trámite vigente en nuestro sistema de Derecho positivo.

Hecha esta advertencia previa, entiendo que la no observancia de este trámite, es decir, que el hecho de dictar un decreto legislativo sin previa audiencia del Consejo de Estado, es evidentemente un vicio, y un vicio, además, que produce no solamente la degradación del precepto (es decir, la conversión del decreto legislativo en mero precepto reglamentario), sino que produce la nulidad en virtud del juego del artículo 130-3 de la ley de Procedimiento Administrativo.

El segundo punto de referencia se refiere a los límites de la autorización. Entiendo que también desde este punto de vista el decreto legislativo es impugnabile, porque, naturalmente, es posible a raíz de la existencia de un texto habilitante plantearle al Tribunal Supremo la posible discrepancia entre el texto desarrollado por el Gobierno y el texto básico dictado por las Cortes. Esto es posible en todos los supuestos a que me he referido antes; por lo menos en los dos primeros. En el caso de los textos articulados, natural-

mente, cabe demostrar la inadecuación entre el texto dictado por el Gobierno y el texto básico aprobado por las Cortes. Pretender que el Gobierno pudiese al socaire de una habilitación de este tipo transformar totalmente el sentido de los preceptos básicos establecidos por las Cortes sería admitir la anarquía jurídica; pedirle al Tribunal Supremo, como a veces se ha hecho, que no entre en el examen de esta adecuación, es literalmente pedirle que dimita de su papel de guardián de la legalidad. Creo que en este sentido la única dificultad está precisamente en demostrar que la inadecuación existe, pero supuesto que se demuestre (y en algunos casos, naturalmente, se puede hacer) es, evidentemente, materia fiscalizable. Esto es un principio tan evidente, desde el punto de vista jurídico, que nuestro Derecho positivo ha terminado por consagrarlo concretamente en materia fiscal. El artículo 11-3 de la ley General Tributaria nos dice: «Sus preceptos (en los apartados anteriores de este artículo 11 se está haciendo referencia a la posibilidad de la autorización por las Cortes al Gobierno para que se dicten decretos legislativos) tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación, o ésta hubiere caducado por el transcurso de plazo o hubiere sido revocada.» Naturalmente, aquí el legislador no se ha planteado el tema de la colisión entre el precepto dictado por el Gobierno y el texto básico aprobado por las Cortes. Va de suyo que, por supuesto, en tales casos se tratará de una pura y simple nulidad; pero el caso que se contempla específicamente en este apartado 3 del artículo 11 de la ley General Tributaria no es el caso de colisión, sino exceso en el uso de los poderes. ¿Qué ocurre en estos casos? La solución está aquí clara: el precepto se degrada, el precepto será un mero precepto reglamentario, y, por ser un precepto reglamentario, sometido a todo el sistema de revisión que en relación con los preceptos reglamentarios establece nuestra ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Creo que el argumento se puede mantener todavía con mucha más fuerza si examinamos el segundo de los supuestos del decreto legislativo a que antes me refería, es decir, el caso de los textos refundidos; porque aquí el valor de ley del precepto refundido no viene dado por la habilitación al Gobierno, que, como decía, es una pura habilitación a efectos sistemáticos, sino del hecho de que *ya con anterioridad a la refundición el tal precepto tuviese precisamente carácter de ley formal y estuviese contenido en una ley formal*. Aquí, por consiguiente, voy más lejos y entiendo que el argumento es mucho más fuerte, hasta el punto de que doy por su-

puesto que si hubiese preceptos contrarios al ordenamiento anterior éstos serían nulos; pero incluso para el caso de que hubiese simplemente un exceso en las atribuciones, entiendo asimismo que no solamente se trata de un mero problema de degradación. La jurisdicción contencioso-administrativa debería ir más lejos todavía y condenar a la Administración a que sacase el precepto del texto refundido. El tal precepto podría, evidentemente, tener ese valor residuario de mera disposición reglamentaria a que se refiere el artículo 11-3 de la ley General Tributaria, pero fuera del texto refundido y por dos razones fundamentales: primera, porque por definición un texto refundido es esto, un texto que refunde preceptos que ya tenían valor de ley; segunda, porque esto sería un atentado contra la seguridad jurídica y un engaño al administrado, que creería que el precepto tendría valor de ley por estar en un texto refundido.

En esta materia la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado en los últimos años una importante evolución que merece la pena de señalarse en sus rasgos fundamentales. De un comienzo absolutamente tímido y reverencial para todo lo que hacía el poder ejecutivo en relación con las habilitaciones de las Cortes se ha pasado cada vez más, con un sentido crítico y de defensa de la legalidad, a soluciones de que implican una fiscalización indudable.

Así, una sentencia de la Sala 4.^a de 30 de octubre de 1959 enumera las leyes, de cualquier clase que sean, que no pueden ser objeto de impugnación ante los Tribunales, y al enumerar estas leyes cita expresamente las leyes dictadas en virtud de una delegación de las Cortes, conforme a la ley de Régimen Jurídico. La referencia al decreto legislativo está, pues, clara, y para el Tribunal Supremo estas leyes eran intocables, al menos en 1959, y no se podían impugnar. Más aún todavía: una sentencia de 16 de diciembre de 1959, la Sala 3.^a, negó la posibilidad de impugnar (el recurrente era entonces el Colegio de Abogados de Barcelona) una orden ministerial de Hacienda por la que se regulaba el impuesto sobre el rendimiento del trabajo personal en régimen de evaluación global, por entender esta orden ministerial había sido dictada en virtud de unas autorizaciones que se contenían en la ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957, porque, según el Tribunal Supremo, tiene idéntica fuerza de obligar y la misma jerarquía de la ley que le otorga la autorización. Esta doctrina ha sido calificada por personas tan poco sospechosas como los comentaristas Trujillo, Quintana y Bolea (todos ellos magistrados de lo Contencioso-adminis-

trativo) como «sumamente peligrosa»; y tan peligrosa, como que aquí no se trata ya de buscar la exoneración de fiscalización para decretos legislativos del Gobierno, sino para simples órdenes ministeriales. Pero, afortunadamente, la jurisprudencia más reciente es mucho más progresiva. La más reciente es la sentencia dictada por la Sala 3.^a en 23 de mayo de 1969, en la que se rechaza la inadmisibilidad propuesta por el abogado del Estado, afirmando lo siguiente: «... pues ha de estimarse que entra dentro de la función revisora atribuida por la ley a los Tribunales de la Jurisdicción, examinar si la Administración, al elaborar el texto refundido, procedió con arreglo a derecho o incidió en las *infracciones de procedimiento* que se formulan en la demanda y *si la refundición se haya ajustado al mandato legislativo* conferido al Gobierno por la disposición final primera de la ley de 29 de abril de 1964 sobre Reordenación de las Enseñanzas Técnicas, ya que con ello, no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración, por todo lo cual ha de desestimarse esta primera causa de inadmisión del recurso.»

Ya en este sentido algo había dicho el Tribunal Supremo (la propia Sala 3.^a) en una sentencia de 5 de enero de 1962, que rechazó la posibilidad de introducir preceptos innovativos en un texto refundido. Ahora bien: en el caso de autos se trataba de una orden del Ministerio de Hacienda de 10 de julio de 1954; por consiguiente, no se trataba de un auténtico decreto legislativo.

Veamos, una vez que hemos llegado a la altura de estas conclusiones, qué ocurre en relación con los decretos legislativos en materia fiscal. Porque si se lee la ley General Tributaria llegamos a la aparente conclusión de que esta ley es mucho más generosa y más progresiva que el resto de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a este punto concreto. Ya hemos visto antes el tenor del párrafo tercero del artículo 11, en que se declara rotundamente el *carácter meramente reglamentario* de los preceptos dictados por el Gobierno excediéndose de la autorización; tal declaración comporta, por supuesto, que esos preceptos son impugnables, puesto que entonces ya no tienen *valor de ley*, que es lo que plantea la discusión a la vista del artículo 1.^o de la ley Jurisdiccional. Pero también hay que añadir en seguida que quizá esa mayor generosidad sea sólo aparente. En primer lugar, porque la ley General Tributaria viene a legalizar la práctica de las delegaciones o autorizaciones legislativas en una materia que, en principio, es de las estrictamente reservadas a las Cortes. Bien es verdad también que el propio artículo 11-1 de esta ley General Tributaria establece las

limitaciones con que los decretos legislativos en materia fiscal se pueden dictar; pero, con todo, consagra la práctica de la delegación en esta materia. Pero, sobre todo, está la peligrosa e ingenua redacción dada al artículo 11-2, que ha conducido—sin proponérselo sus redactores— a la situación actual.

En efecto, el artículo 11-2 dice así: «El uso de las autorizaciones o delegaciones se ajustará a los preceptos de la ley que las concedió o confirmó. Habrá de darse cuenta a las Cortes de las disposiciones que a su amparo se dicten.» Y aquí justamente es donde se equivocaron los redactores: quisieron atar corto al ejecutivo exigiéndole incluso que diese cuenta a las Cortes del uso que había hecho de la autorización o de la delegación y no se dio cuenta de que el Tribunal Supremo podría interpretar, paradójicamente, con un sentido restrictivo sus propias competencias, que es lo que ha ocurrido. Así, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en una sentencia de 15 de junio de 1967, se ha declarado incompetente para examinar recurso interpuesto contra el decreto por el que se aprueba el texto refundido de la contribución territorial urbana, dictado como consecuencia de la autorización concedida en la ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964. Razón: que en estas materias la fiscalización corresponde a las Cortes. No cedo a la tentación de leer la doctrina que se contiene en el fundamental de los considerandos de esta sentencia: «... que esta función previa—nos dice el Tribunal Supremo—, determinadora del escrupuloso cumplimiento por parte del poder ejecutivo, de la misión conferida al legislativo, no puede realizarse más que por el propio órgano delegante, y así lo confirma el párrafo segundo del artículo 11 de la ley General Tributaria, ya citado antes, cuando recaba el conocimiento que ha de dársele a las Cortes de tales disposiciones, constituyendo esto, precisamente, un presupuesto previo de procedibilidad para abrir esta vía jurisdiccional a la que, de otro modo, no puede tener acceso la impugnación que se pretende en estos supuestos, porque de ser estos Tribunales los encargados de resolver sobre la fidelidad de esta legislación delegada a las normas delegantes, se asumirían unas funciones legislativas que excederían de las típicamente jurisdiccionales que a todos los Tribunales de justicia les corresponden orgánicamente; por ello, únicamente ante el conocimiento previo que las Cortes puedan tener de tal requisito y del *juicio ponderativo que emitan* podría esta jurisdicción pronunciarse sobre la estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo que se formulase contra una disposición de rango legal, previamente degradada por el órgano legislativo de su condición de ley formal.»

He aquí, por consiguiente, la consecuencia que saca el Tribunal Supremo de un precepto tan aparentemente progresivo como ese artículo 11-2 de la ley General Tributaria. Menos mal que la posición de la jurisprudencia sobre la posibilidad de impugnar decretos legislativos no fiscales es más reciente (dos años posterior a ésta); por consiguiente, tenemos que hacer ahora un tratamiento distinto de los decretos legislativos según la materia sobre la que versen: los decretos legislativos, en general, son fiscalizables; en cambio, los decretos legislativos *en materia fiscal* solamente serán fiscalizables si, previo conocimiento por las Cortes del uso que el Gobierno ha hecho de la delegación, las Cortes degradan el precepto. Claro está que el hecho de que esta sea la jurisprudencia del Tribunal Supremo no quiere decir que estemos de acuerdo con ella.

No estamos de acuerdo por infinidad de razones, la primera de las cuales, y esta es elemental, porque la expresión «dar cuenta a las Cortes» no significa nada; no significa, al menos como pretende el Tribunal Supremo, el poner en marcha un mecanismo fiscalizador para comprobar hasta qué punto se ha excedido o no el Gobierno en el uso de la delegación o habilitación. Tanto es así, que la expresión está ya consagrada en el caso de los decretos-leyes, como hemos visto al estudiar el artículo 13 de la ley de las Cortes Españolas, pues allí también se dice que se dará cuenta a las Cortes. Y ese dar cuenta a las Cortes es pura y simplemente lo que estas palabras significan en su literalidad; es decir, que las Cortes se dan por enteradas de lo que ha hecho el Gobierno, de lo que ha hecho, en definitiva, el Jefe del Estado, refrendado el decreto-ley, pero sin actividad fiscalizadora de ninguna clase. En el caso de los decretos legislativos en materia fiscal podemos entender, y no hay ninguna razón que nos mueva a pensar lo contrario, que estamos en un supuesto análogo.

En segundo lugar, está claro que el Tribunal Supremo no puede prejuzgar la competencia de las Cortes Españolas; ésta será la que se desprenda de su ley y reglamento, no la que la jurisprudencia —que ante el órgano legislativo no tiene fuerza de obligar— señale.

Sin embargo, se ha de admitir que las Cortes pueden hacer algo en esta materia y proceder a una fiscalización, al menos parcial, de los decretos legislativos (de los fiscales y de los no fiscales) a la luz del artículo 12 de la ley de Cortes y artículo 50 de su reglamento. El primero de los preceptos citados constituye en el seno de las Cortes una Comisión de competencia legislativa que determina qué materias son las amparadas por el principio de «reserva de ley»; el segundo señala el procedimiento para dejar en suspenso

o incluso anular disposiciones del Gobierno que invadan el campo de la materia reservada a la ley. A través de este mecanismo de las Cortes pueden, pues, declarar qué preceptos contenidos en un decreto legislativo deben anularse por invadir—sin previa delegación—materia reservada a las Cortes; pero es obvio que otro tipo de ilegalidades no tiene por qué ser fiscalizado.

De manera que incluso poniendo en juego las posibilidades que el reglamento y la ley de Cortes conceden a este Alto Organismo, aun así no cabría la fiscalización total, que parece presumir, la sentencia del Tribunal Supremo a que antes me refería.

Todavía me voy a referir a un tema curioso y fundamental en esta materia: si es posible la delegación legislativa conferida por decreto-ley.

Ya se ha visto, y es la base del planteamiento que nos ha traído hasta aquí, que estos decretos legislativos tienen siempre su justificación, su causa jurídica, en una habilitación del poder legislativo que transfiere competencias propias al ejecutivo. Ahora bien: ¿este traslado de competencias se podría realizar por decreto-ley? Lo primero que tengo que advertir es que este no es un problema teórico, que no es uno de esos problemas de laboratorio que a veces ponemos en cátedra como caso práctico para ver por dónde sale el alumno; responde, por el contrario, a un uso frecuente de nuestra Administración, y, para referirme al caso más reciente, citaré el decreto-ley de 27 de noviembre de 1967 sobre medidas complementarias como consecuencia de la nueva paridad de la peseta. Este decreto-ley autorizó al Gobierno a dictar reglamentaciones alterando legislación establecida en ley formal; concretamente le autorizó a revisar una serie de exenciones y bonificaciones contenidas en las leyes tributarias. Y el Gobierno, en uso de esta habilitación, dictó, entre otros, los siguientes decretos: el decreto 565, de 23 de marzo de 1968, sobre revisión de exenciones en el impuesto sobre el lujo; los decretos números 1049, 1050 y 1051, de 27 de mayo de 1968, sobre revisión también de otras bonificaciones fiscales (concretamente en relación con las contribuciones rústica, urbana, rentas de capital, sociedades, tráfico de empresas y transmisiones patrimoniales). ¿Es esto jurídicamente correcto? Ante todo vamos a intentar ver las razones que pueden haber movido al Gobierno a este uso que después criticaremos. Una primera razón, quizá demasiado elemental e ingenua, sería la de que como el decreto-ley puede todo aquello que la ley puede, si por decreto-ley se transfiere la potestad al Gobierno, el Gobierno ha podido perfectamente hacer uso de esa potestad.

Un segundo argumento: que el decreto-ley es un acto del Jefe del Estado, cuyos poderes legislativos (y el argumento se ha empleado) se reconocen en nuestra legislación fundamental.

En efecto, la disposición transitoria primera, II, de la ley Orgánica del Estado, con carácter transitorio y excepcional, mantiene, hasta que se cumplan las previsiones sucesorias, en manos del Jefe del Estado, las potestades de carácter legislativo que le atribuyeron las leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

¿Qué valor tienen estos argumentos? De entrada quiero decir que el solo planteamiento de la cuestión me parece un puro absurdo. Esto sería tanto como inventar la figura de la autoautorización, una figura naturalmente desconocida en el Derecho comparado y que creo que no sería timbre de gloria para nuestro Derecho el descubrirla ahora. Está, además, la razón de la urgencia. Desde el momento en que se difiere la adopción de la medida, es que la medida no es urgente, y la urgencia—ya lo dijimos—es la causa del decreto-ley, como expresamente se dice en el artículo 13 de la ley de Cortes. Efectivamente, en el decreto-ley—por ejemplo, en este de 27 de noviembre de 1967 a que he hecho antes referencia—se podía, por razones de urgencia, haber tomado ya esas medidas que después se tomaron por el Gobierno; pero lo que no se puede es autorizar al Gobierno para que las tome unos meses después. La urgencia desaparece entonces, y, consiguientemente, si desaparece la urgencia, desaparece la causa jurídica del decreto-ley. Obsérvese que en los ejemplos concretos a que me he referido los decretos legislativos autorizados por el decreto-ley de 27 de noviembre de 1957 se dictaron de tres a cuatro meses con posterioridad al decreto-ley habilitante; es decir, un período de tiempo suficiente para que en las Cortes Españolas se hubiese tramitado el oportuno proyecto, modificando en el sentido que el Gobierno quería (pero modificado por las Cortes) el contenido de las anteriores leyes formales.

Además de esto, y me parece que éste es el argumento fundamental, está la letra de la ley. Me he referido antes al artículo 10-4 de la ley de Régimen jurídico y al artículo 51 de la ley Orgánica del Estado. En el primero se dice que podrá el Gobierno someter al Jefe del Estado disposiciones con fuerza de ley, cuando el Gobierno cuente para ello, en cada caso, con expresa delegación por ley votada en Cortes. Ni siquiera se dice por ley—expresión que podría incluir el decreto-ley—, sino que se dice «por ley votada en Cortes». Y para que no se piense que éste es un mero quisquillo de nuestro Derecho ordinario y que no ha querido ser constituciona-

lizado a la hora de dictarse la ley Orgánica del Estado, obsérvese que el artículo 51 de de esta última ley habla de «autorizaciones expresas de las Cortes».

Naturalmente, en el decreto-ley lo que falta es la autorización expresa de las Cortes y, por tanto, la ley votada en Cortes. El decreto-ley podrá tener la fuerza de la ley, pero, evidentemente, *lo que no es* es una disposición votada por las Cortes. Creo, por consiguiente, que el argumento es definitivo, y basta la simple enunciación de dicho argumento para acabar con cualquier reserva mental que nos quedase sobre el asunto.

Pero es que, además, y continuando con la discusión del argumento, la inaplicabilidad de la transitoria primera, apartado 2.º, de la ley Orgánica del Estado a que antes me he referido, es tan evidente que creo que no merece siquiera la pena dedicar demasiado espacio a la refutación. No se cae quizá en la cuenta—cuando se utiliza este argumento—de que una cosa son los poderes que tiene excepcional y transitoriamente *el actual* Jefe del Estado con los poderes que tiene el Jefe del Estado (éste y el que lo sea en el futuro), según nuestras leyes Fundamentales.

El decreto-ley no es una atribución excepcional del actual Jefe del Estado; el decreto-ley está establecido en el artículo 13 de la ley de Cortes para el Jefe del Estado, cualquiera que sea. Por consiguiente, seguiremos teniendo decretos-leyes, si las leyes Fundamentales no se modifican, cuando, según la tan conocida terminología de la ley, se produzcan las previsiones sucesorias. En cambio, la facultad específica que tiene nuestro actual Jefe del Estado, y que además (precisamente por el gasto de capital político que supone) ha utilizado con una gran moderación, es la de dictar auténticas leyes, incluso de rango fundamental.

La ley Orgánica del Estado y la ley de Principios Fundamentales de 10 de mayo de 1957 fueron otro caso típico del ejercicio de esta facultad por el Jefe del Estado.

¿Se ha pronunciado sobre esto el Tribunal Supremo? Tengo que decir que, por lo menos, el tema le ha sido planteado, con motivo de la impugnación que un Sindicato Nacional hizo, precisamente del decreto de 23 de marzo de 1968, sobre revisión de las exenciones en el impuesto de lujo. Evidentemente, el tema era difícil para el Tribunal Supremo. Tan difícil, que, desgraciadamente, lo eludió, y estableció la curiosa teoría de que el Sindicato no tenía legitimación para recurrir. No es el caso que discutamos ahora si tenía o no tenía legitimación; lo único que quiero es subrayar que nos hemos quedado sin contestación jurisprudencial al tema.

A efectos dialécticos, no tendría inconveniente en admitir la posibilidad de que por decreto-ley se pueda habilitar al Gobierno para dictar decretos legislativos. Porque entonces quedaría todavía una cuestión a discutir, y es si en tales supuestos es preceptiva o no la intervención previa, con su dictamen, del Consejo de Estado. Vuelvo a repetir que tampoco este tema es un tema especulativo: concretamente, todos los decretos a que antes he hecho referencia, dictados en virtud de la habilitación establecida en el decreto-ley de 27 de noviembre de 1967, se han dictado por el Gobierno sin oír previamente al Consejo de Estado, a pesar de la exigencia que literalmente se contiene en el artículo 10-3 de la ley de Régimen Jurídico antes referida. Más aún, mis noticias son que el Consejo de Estado aprobó una moción, dirigiéndose al Gobierno, para advertir que ninguno de estos decretos habían pasado por su conocimiento y que, por consiguiente, el Gobierno se exponía a una impugnación de los mismos. Yo no conozco, ni tampoco importa a los fines de esta exposición, la contestación que diese el Gobierno a esta moción del Consejo de Estado. El hecho es que los decretos están ahí, y puesto que están ahí y nos encontramos en la necesidad de emitir juicio acerca de la falta de este requisito, yo no tengo ningún inconveniente en exponer el mío, que es, evidentemente, favorable a la necesidad de la audiencia del Consejo de Estado, porque sería demasiado que, ya que no cuenta el Gobierno con una autorización de las Cortes para dictar el decreto legislativo, encima prescindiera de la obligación de tener que oír al Consejo de Estado, tal como se establece de una forma tan clara y tan indudable en nuestras leyes positivas. Tengo que decir, sin embargo, que aquí también el Tribunal Supremo ha eludido pronunciarse sobre el tema. Es un tema más a fiscalizar por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero hasta ahora el Tribunal Supremo no nos ha proporcionado la alegría, la alegría jurídica, de ver en qué sentido debe resolverse.

