

# LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL TRANSITO DE UN ESTADO AUTORITARIO A UN ESTADO DE DERECHO

351.7/9

por

**Fernando López Ramón**

Profesor Titular de Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION: 1. DERECHO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 2. LA POTESTAD ORGANIZATORIA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN. 3. MÉTODO SEGUIDO: A LA DOGMÁTICA POR EL CASO.—II. EL CASO DE LA SUPRESION DEL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCION Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES: 1. PLANTEAMIENTO Y TRASCENDENCIA DEL CASO. SENTIDO DE LA ESPECIALIZACIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2. BREVE REFERENCIA A LAS CUESTIONES PROCESALES: A) *La legitimación*. B) *El recurso de reposición*. 3. NECESIDAD DE COBERTURA LEGAL PARA SUPRIMIR EL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCIÓN Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES. — III. POTESTAD ORGANIZATORIA ATRIBUIDA EN DECRETOS-LEYES PRECONSTITUCIONALES DE CONTENIDO DESLEGALIZADOR: 1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EXCLUIR LA COBERTURA DEL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO EN EL DECRETO-LEY DE 8 DE OCTUBRE DE 1976. 2. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DECRETOS-LEYES PRECONSTITUCIONALES DE CONTENIDO DESLEGALIZADOR: A) *Improcedencia de aplicar la regulación consti-*

*tucional del decreto-ley. B) Examen de la tesis doctrinal que niega la validez de los decretos-leyes preconstitucionales de contenido deslegalizador. C) Conclusión: el Decreto-ley prestó cobertura suficiente al Decreto supresor del Servicio Nacional.* 3. EL SUPUESTO DEFECTO DE FORMA EN EL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCIÓN Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES.—IV. POTESTAD ORGANIZATORIA Y POTESTAD SOBRE LAS FUNCIONES: 1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EXCLUIR LA COBERTURA DEL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO EN LA LEY DE 7 DE OCTUBRE DE 1978. 2. LA INCLUSIÓN DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN LA POTESTAD SOBRE LAS FUNCIONES.—V. REGULACION GENERAL DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA: 1. TITULARIDAD DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 2. LA COBERTURA DEL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO EN LA LEGISLACIÓN GENERAL.—VI. REFLEXION FINAL.

## I. INTRODUCCION

### 1. DERECHO Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

A pesar de que, en la actualidad, ya nadie parece dudar, al menos expresamente, del carácter jurídico de la organización administrativa, es ésta una de las materias más descuidadas por la dogmática. En las elaboraciones doctrinales se acogen y repiten afirmaciones, postulados y argumentos realizados hace tiempo, sin contrastarlos seriamente con el Derecho positivo. Existe —decía, hace ya unos años, un importante jurista francés— una tendencia muy clara y fuerte en la doctrina de Derecho administrativo a considerar las cuestiones relativas a la organización administrativa como de un interés menor para los juristas, reduciendo su tratamiento a simples descripciones (1). Actitud que quizá tenga hondas raíces en una extendida concepción que sólo considera propiamente normas jurídicas a las normas que regulan relaciones intersubjetivas (2).

(1) Charles EISENMANN: *Cours de Droit administratif*, LGDJ, París, 1982, tomo I, pág. 157; la frase transcrita en el texto corresponde a la introducción del curso sobre organización administrativa impartido por el autor en 1966-1967.

(2) Vid. Norberto BOBBIO: *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, págs. 23 y sigs., a propósito de la relación intersubjetiva como elemento característico del Derecho. En España, vid. Luis DÍEZ PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, págs. 98 y sigs., rechazando que buena parte de

En todo caso, debe decirse que esas posiciones, efectivas en la práctica por más que no siempre se formulen expresamente, carecen de todo fundamento. La organización no es algo jurídicamente irrelevante. No lo es ni tan siquiera en el ámbito del Derecho privado, donde se estudian y analizan hechos organizativos de importancia primaria, como la persona jurídica o la sociedad, hecho organizativo éste de tal relevancia que llega a ser tipificado por el legislador... (3). Con mayor razón, no resultan jurídicamente irrelevantes las cuestiones de la organización pública. En este sentido, me parece muy acertado mantener, siguiendo a un profundo jurista italiano, que «para salvaguardar las libertades civiles es necesario que la organización administrativa tenga carácter jurídico, es decir, que sea regida por normas jurídicas: tal carácter de la organización constituye justamente una de las características del Estado de Derecho» (4).

Salvaguardia de las libertades civiles a través de la necesaria consideración normativa de la organización pública. Efectivamente. Salvaguardia constituida por el hecho de que normas ciertas preestablezcan «a quien la autoridad competa, en qué límites deba contenerse y con qué formas y términos deba aplicarse» (5).

## 2. LA POTESTAD ORGANIZATORIA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN

Bajo esta óptica, pues, de juridificación de los aspectos organizativos, interesa ahora examinar algunas cuestiones a propósito de la potestad organizatoria de la Administración. Expresión que utilizaré en un sentido más restringido del habitualmente empleado por la doctrina española. Por lo común se habla de potestad orga-

---

las «normas de organización» sean verdaderas normas; más bien se trataría de actos jurídicos. No niega estos postulados José Antonio GARCÍA-TREVIANO: *Tratado de Derecho administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, t. II, págs. 132 y sigs., quien afirma el carácter jurídico de la organización «siempre y cuando tenga relevancia frente a terceros» (pág. 133).

(3) En este punto, reproduzco extractadamente ideas expresadas por el profesor Massimo Severo GIANNINI: *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1970, t. I, pág. 91. En el mismo sentido, *vid.* también Díez PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, *op. cit.*, págs. 97-98; obsérvese, en relación con la cita anterior, que este autor no niega el carácter jurídico de la organización, sino la naturaleza normativa de buena parte de las disposiciones organizativas, cuestión importante, en la que, sin embargo, no podemos detenernos ahora.

(4) Renato ALESSI: *Principi di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1974, 3.ª ed., tomo I, pág. 79.

(5) Expresión de SALANDRA, que transcribe ALESSI: *ibidem*.

nizatoria tanto para referir el poder de crear, modificar y extinguir personas jurídico-públicas como para enunciar el poder de estructuración interna de esas personas (6). En el primer caso, se trata del poder organizatorio general, externo, de dominio sobre la existencia misma de los sujetos; en el segundo, del poder organizatorio interno.

Sin que ninguno de los dos poderes deje de tener relevancia frente a terceros, no cabe duda de la mayor trascendencia jurídica de la potestad de crear, modificar y extinguir personas jurídico-públicas. Potestad que, dentro del Ordenamiento estatal, siempre se confiere a una instancia decisoria ajena al propio sujeto (7). No se concibe una potestad de autocreación, autotransformación o autoextinción de los sujetos públicos dentro de un Estado; sólo el propio Estado está dotado, al margen de los planteamientos jurídico-internacionales, de tales poderes, por su cualidad de Ordenamiento originario y soberano. En definitiva, es ésta una potestad de organizar el Estado, aunque ello no implique su necesaria atribución a órganos estatales; por eso, no me parece adecuado incluirla bajo la expresión potestad organizatoria de la Administración.

---

(6) *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado, op. cit.*, págs. 110 y sigs.

(7) Afirmación que puede ser probada en términos de estricto Derecho positivo. La creación, supresión o transformación de personas jurídico-públicas requiere la intervención de una voluntad ajena, de una voluntad exterior al ente que va a nacer, que se suprime o que se transforma, aun cuando en ocasiones esa voluntad externa se exija cumulativamente a una voluntad interna del ente. No cabe el fenómeno de la autoconstitución, autotransformación o autodisolución de personas jurídico-públicas; es más, en la doctrina ha sido defendida la postura según la cual ni siquiera en el ámbito privado cabría el surgimiento de una persona jurídica sin reconocimiento de la misma por el poder público, es decir, por una instancia ajena al sustrato personal del ente; *vid.* Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *Algunas reflexiones sobre el nuevo derecho de asociación tras la Constitución Española de 1978*, en el vol. col. *El desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Pórtico, 1982, págs. 233 y sigs., *in toto*.

Volviendo a las personas jurídico-públicas, fácilmente puede constatarse el rechazo normativo de cualquier postura que condujera a otorgarles un poder sobre su misma existencia o carácter. Así se deduce, en relación con las personas jurídico-públicas de naturaleza territorial, de previsiones constitucionales y legales. Hay Administraciones cuya existencia está garantizada por la Constitución (Administración del Estado) o por la Constitución y los Estatutos de Autonomía (Administraciones de las Comunidades Autónomas); ni siquiera el Parlamento está autorizado para disponer sobre ellas. Otras Administraciones disfrutan de una garantía institucional genérica (Provincias, Municipios), compitiendo el poder de disposición sobre las concretas especies al Parlamento (caso de la Provincia, *ex art.* 141, 1.º, de la Constitución) o a otras instancias ajenas (caso del Municipio, *ex arts.* 11 y sigs. de la Ley de Régimen local). Siempre el poder de disposición sobre la existencia del ente es ajeno al mismo, aun en las personas jurídico-públicas de naturaleza institucional (art. 2.º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, por ejemplo) o de origen corporativo (art. 4.º de la Ley de Colegios Profesionales; arts. 228 y sigs. de la Ley de Aguas y normas complementarias para las Comunidades de Regantes, etc.).

El régimen de la potestad organizatoria de la Administración propiamente dicha permite —aunque no exige— que sea el mismo sujeto jurídico-público quien decida sobre su estructura. No hay inconveniente en que la Administración se autorganice..., pero siempre y cuando esté autorizada para ello por el Ordenamiento jurídico (8). En términos de estricto Derecho positivo habrá de resolverse la cuestión de quién sea el titular de la potestad organizatoria de la Administración en los casos concretos; ningún elemento apriorístico —como no sea el de que no hay inconveniente para que la norma atribuya la potestad a la misma Administración— puede servir de guía para solucionar un problema que sólo tiene respuesta en el sistema de fuentes del Derecho.

No obstante, con carácter introductorio, sí podría afirmarse que, por lo general, el Derecho positivo es generoso a la hora de conferir potestades sobre su estructura a la Administración pública. Es decir, así como sería inimaginable el surgimiento o extinción autónomos de un Ente público, sin una intervención heterónoma, es, por el contrario, normal que el Ordenamiento atribuya a los Entes públicos la potestad de organizarse.

### 3. MÉTODO SEGUIDO: A LA DOGMÁTICA POR EL CASO

Pudiera pensarse que la plasmación de las ideas precedentes debiera conducir a un tratamiento general, a una elaboración dogmática, acabada y perfilada de la potestad organizatoria de la Administración en el Derecho español. Mucho más modesto es, sin embargo, el objeto del presente trabajo, que sólo pretende contribuir, con algunos materiales, a esa construcción de mayor envergadura. Contribuir a la elaboración dogmática con materiales e ideas inducidos de un caso, un caso que, en mi opinión, demuestra plenamente el carácter jurídico de la organización administrativa y, consecuentemente, la necesaria inserción de las potestades sobre la misma en las técnicas normales de habilitación de potestades administrativas.

Se trata del caso referido a la supresión del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales. El planteamiento jurisprudencial suscita importantes cuestiones sobre

---

(8) Una exposición del proceso de juridificación de la potestad organizativa de la Administración puede encontrarse en M. S. GIANNINI: *Diritto amministrativo, op. cit.*, páginas 315 y sigs.

la potestad organizatoria de la Administración: titularidad de la potestad, procedimiento a seguir en su ejercicio, relación con la potestad sobre las funciones del órgano... A esas cuestiones se añade otra, de tan singular importancia, a mi juicio, que ha accedido al propio título de este trabajo. Es el problema general de la validez y eficacia del sistema de fuentes preconstitucional; de ahí que hable de la potestad organizatoria de la Administración pública en el tránsito de un Estado autoritario a un Estado de Derecho. Aunque, de nuevo, debo acotar que no pretendo incidir en todas las cuestiones que para el sistema de fuentes del Derecho plantea ese tránsito, sino solamente en una de ellas... ciertamente, de gran trascendencia: la problemática de los decretos-leyes preconstitucionales de contenido deslegalizador.

## II. EL CASO DE LA SUPRESION DEL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCION Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES

### 1. PLANTEAMIENTO Y TRASCENDENCIA DEL CASO. SENTIDO DE LA ESPECIALIZACIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Diversas sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo han estimado los recursos contencioso-administrativos interpuestos por funcionarios adscritos al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales contra la supresión del citado Servicio llevada a cabo en las disposiciones finales del Real Decreto 2856/1978, de 1 de diciembre (9). Cabe recordar que este Servicio se encontraba previsto en los artículos 354 a 360 de la Ley de Régimen local, con funciones, básicamente, de asesoramiento, inspección y fiscalización de las Corporaciones locales. A primera vista puede parecer, en consecuencia, totalmente inadecuada la su-

---

(9) Sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1982 (Aranzadi, 5.977), ponente: Luis Antonio Burón Barba; 27 de octubre de 1982 (Aranzadi, 6.037), ponente: Angel Falcón García; 16 de noviembre de 1982 (Aranzadi, 6.687), ponente: Miguel de Páramo Cánovas; 3 de febrero de 1983 (Aranzadi, 619), ponente: Fernando de Mateo Lage; 9 de febrero de 1983 (Aranzadi, 694), ponente: Ricardo Santolaya Sánchez; 16 de febrero de 1983 (Aranzadi, 781), ponente: Ricardo Santolaya Sánchez; 21 de febrero de 1983 (Aranzadi, 985), ponente: Angel Falcón García; 28 de febrero de 1983 (Aranzadi, 1.009), ponente: Diego Rosas Hidalgo; 24 de marzo de 1983 (Aranzadi, 1.308), ponente: Miguel de Páramo Cánovas; 30 de marzo de 1983 (Aranzadi, 1.326), ponente: Fernando de Mateo Lage; 25 de abril de 1983 (Aranzadi, 2.035), ponente: Teodoro Fernández Díaz; 7 de noviembre de 1983 (Aranzadi, 5.377), ponente: Luis Cabrerizo Botija.

presión de un órgano regulado en una norma con rango de ley a través de una disposición reglamentaria. Tal es, en efecto, la posición del Tribunal Supremo. Sin embargo, cuando se profundiza un poco más en el asunto, quizá quepa concluir que esa posición no deja de tener fisuras y elementos discutibles, a los que me gustaría dedicar alguna reflexión.

De entrada, diré que el caso sometido al conocimiento del Tribunal Supremo, por más sencilla que pudiera parecer su resolución, era un caso de envergadura. Un caso que, afectando a la potestad organizatoria de la Administración pública, requería una atención muy especial para, en la medida de lo jurídicamente posible, evitar o reducir los graves inconvenientes que la anulación de cualquier reforma administrativa conlleva. En este sentido, creo pertinente recordar que la especialización judicial a que responden la planta orgánica y las competencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa no puede ser justificada, únicamente, por razones de mejor defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Históricamente, el origen del contencioso-administrativo se encuentra más ligado al objetivo de cooperar en el «mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas», según expresa el preámbulo de la Ley reguladora de tal Jurisdicción. Ciertamente, la completa judicialización del sistema, potenciada por diversos preceptos de la Constitución (sobre todo, los arts. 24 y 106), ha llevado a resaltar el aspecto de defensa de los ciudadanos frente a las actuaciones administrativas. Pero esa función primaria de la Jurisdicción contencioso-administrativa no debe hacer olvidar que su carácter especializado es también garantía del interés público. En el justo equilibrio de los distintos principios puede encontrarse la vía propiciadora de soluciones adecuadas al Ordenamiento jurídico.

De esta manera, aquellas decisiones judiciales que, por sus efectos, puedan no contribuir «al mejor desenvolvimiento de las funciones administrativas», deben ser meditadas profundamente. En verdad, las condiciones materiales en que desarrollan su actividad las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo no parecen facilitar una reflexión pausada. No obstante, cabe pensar que la correcta utilización de algunos instrumentos procesales contribuiría, en alguna medida, a limitar el exceso de trabajo.

Concretamente, en los casos que nos ocupan, extraña que no se haya procedido a la acumulación en un solo proceso. Varios funcionarios demandaron la anulación del Decreto que suprimía el ór-

gano donde prestaban sus servicios, solicitando también el pago de las diferencias retributivas producidas por la desaparición de dicho órgano. Dada la similitud de pretensiones, deducidas respecto a una misma disposición, la acumulación —prevista en los arts. 44 y 47 de la Ley Jurisdiccional— quizá hubiera posibilitado un fallo más ponderado.

Por supuesto que al propugnar una ponderación de los derechos e intereses individuales con el interés público en las decisiones de lo contencioso-administrativo, no pretendo inclinar la balanza de la Justicia en ningún sentido de una forma apriorística. Lo que entiendo es que la especialización judicial debe contribuir a un examen total de las actuaciones administrativas examinadas, superando incluso el marco del debate jurídico establecido por las partes. Facultades para ello no faltan a los Tribunales contencioso-administrativos, que si deben juzgar «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición» (art. 43, 1.º, de la Ley Jurisdiccional), tienen no obstante capacidad para estimar que «la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición» (art. 43, 2.º, que regula el procedimiento a seguir en tal caso). El marco de referencia para la Jurisdicción contencioso-administrativa es, o debe tratar de ser, en definitiva, todo el Ordenamiento jurídico.

## 2. BREVE REFERENCIA A LAS CUESTIONES PROCESALES

Antes de aplicar las ideas anteriores a los aspectos de fondo que plantean las sentencias comentadas haré una breve referencia a algunas cuestiones de tipo procesal.

### A) *La legitimación*

Los funcionarios del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales impugnaron el Decreto supresor del Servicio individualmente. Como es sabido, la Ley Jurisdiccional exige la denominada legitimación corporativa para recurrir determinadas disposiciones de carácter general —art. 28, 1.º, *b*), en relación con el 39, 1.º—. Exigencia que una importante tendencia doctrinal estima derogada por el artículo 24, 1.º, de la Constitu-



ción, pero sin haber obtenido respaldo definitivo en la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo (10). Junto a ello, la impugnación individual de disposiciones generales es posibilitada, en el esquema de la Ley, cuando se trata de disposiciones que han de ser cumplidas «por los interesados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual» —art. 39, 3.º, en relación con el 28, 1.º, b)—.

Pues bien, justamente este último supuesto es el que parece haber evitado la declaración de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos que nos ocupan. La cuestión sólo se plantea expresamente en una de las sentencias, donde se razona:

«Que la Abogacía del Estado opone a la viabilidad de este recurso su inadmisibilidad por no hallarse el recurrente legitimado para su interposición, en cuanto no reúne los requisitos exigidos para ello en el artículo 28 de la Ley Procesal, al impugnarse directamente una disposición de carácter general (...); ... mas si, obviamente, el demandante no cumple la exigencia del apartado b) del número 1.º del precepto citado, de ser un colectivo de los en él enumerados, también lo es que la legitimación,

---

(10) Mantienen la derogación del artículo 28, 1.º, b), de la Ley Jurisdiccional por el artículo 24, 1.º, de la Constitución, entre otros, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, 4.ª ed., t. I, págs. 230-231.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria. Algunas sentencias han afirmado la producción del efecto derogatorio en la materia, hablando incluso de «la vieja doctrina de la legitimación corporativa»; así, en las sentencias de la Sala Cuarta de 14 de octubre de 1981 (Aranzadi, 4.151) y 14 de enero de 1982 (Aranzadi, 157), ambas en ponencia de Paulino Martín Martín, y en sentencias de la Sala Tercera de 7 de julio y 14 de septiembre de 1983 (Aranzadi, 3.915 y 4.609), debidas también a la pluma de un mismo ponente, José María Ruiz-Jarabo. Sin embargo, la Sala Quinta del Tribunal Supremo parece haberse limitado a corregir algunos aspectos de la tradicional y restrictiva jurisprudencia sobre legitimación corporativa, como prueba la sentencia de 28 de enero de 1981 (Aranzadi, 119), en ponencia de Jesús Díaz de Lope, al no exigir la correspondencia entre el ámbito de la disposición impugnada y el ámbito de actuación de la Entidad, Corporación o Institución que impugna; aunque en lo fundamental, la Sala Quinta entiende vigente el requisito de la legitimación corporativa, declarándose en la sentencia de 11 de junio de 1982 (Aranzadi, 3.758), ponente: Teodoro Fernández Díaz, la inadmisibilidad del recurso por falta de tal requisito. No sólo entre las diversas Salas se observa el mantenimiento de doctrinas diferentes; la misma Sala Cuarta, que había mantenido la tesis derogatoria en las sentencias redactadas por el Magistrado Paulino Martín Martín, dictó sentencia de 22 de noviembre de 1982 (Aranzadi, 7.287), en la que sobre exigir legitimación corporativa para impugnar una disposición general, mantenía la línea tradicional de correspondencia entre los ámbitos de lo impugnado y del impugnante, agravando así la exigencia legal.

No expresan las referencias anteriores un estudio acabado y sistemático de la jurisprudencia sobre legitimación corporativa tras la Constitución. Pero aun siendo consciente de las omisiones, parece clara la existencia de tesis contrapuestas entre las distintas Salas... y, lo más sorprendente, entre ponentes de una misma Sala del Tribunal Supremo. ¿Hará falta comentar la necesidad de una nueva planta jurisdiccional y un nuevo sistema de distribución de competencias, que aseguren la unidad de doctrina en lo contencioso-administrativo?

en el supuesto de que se trata, no se halla restringida a dichos colectivos, pues en el artículo 39, 3.º, se extiende a todos los administrados siempre que las resoluciones recurridas hubieran de ser cumplidas por ellos 'directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual', y pese a que también se oponga a ello la representación de la Administración demandada, en este caso ha de entenderse incluido al demandante, asesor inspector del Servicio..., pues cifiendo su recurso a la supresión de dicho Servicio efectuada en el Decreto expresado, en este último se establece que el personal del Servicio se integrará automáticamente en una plantilla a extinguir...» (del considerando primero de la sentencia de 3 de febrero de 1983).

### B) *El recurso de reposición*

Añadiré que al tratarse de un recurso individual contra un reglamento (*ex art. 39, 3.º*), antes de acudir a los Tribunales era necesario formular recurso de reposición, conforme a la general exigencia del artículo 52 de la Ley Jurisdiccional, sólo exceptuada para las disposiciones generales en el caso del artículo 39, 1.º —*ex artículo 53, e)*—. Tal ha sido la interpretación tradicional del Tribunal Supremo. Y, efectivamente, en algunas de las sentencias analizadas se examina la posible causa de inadmisibilidad por falta de la previa reposición, concluyendo en todos los casos que se había intentado tal vía de recurso administrativo; sin apreciar, por tanto, una supuesta disparidad de pretensiones entre la vía administrativa y la judicial, denunciada por la Abogacía del Estado.

En alguna sentencia se añade una coletilla a esta última consideración. Después de afirmar que en el caso existió reposición, el Tribunal Supremo dice:

«Aparte de lo anterior, en lo que hay de impugnación directa de una disposición de carácter general, sería de aplicación el artículo 53, e), en relación con el 28, 1.º, b), y 39, 1.º y 3.º, de la Ley Jurisdiccional» (del considerando primero de la sentencia de 9 de febrero de 1983).

Si no lo entiendo mal, el Tribunal Supremo está sosteniendo que la excepción del recurso de reposición establecida en el artículo 53, e), de la Ley de lo Contencioso comprende todos los supuestos de impugnación directa de un reglamento, bien se exija legitimación corporativa (casos del art. 39, 1.º) o se permita la legitimación individual (art. 39, 3.º). Si es así, habría un cambio en la tradicional interpretación jurisprudencial del alcance que debe darse

a la excepción del artículo 53, e), limitado hasta ahora a los casos del artículo 39, 1.º (11).

### 3. NECESIDAD DE COBERTURA LEGAL PARA SUPRIMIR EL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCIÓN Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES

En cuanto al fondo del asunto debatido, el Tribunal Supremo mantiene una lógica estricta a la que conviene ya hacer referencia. El razonamiento, como he dicho, es sencillo. Parte de una premisa mayor: la supresión del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales precisa de una cobertura legal. La premisa menor, más ampliamente desarrollada en las sentencias comentadas, consiste en negar cobertura legal a la supresión del citado Servicio llevada a cabo por el Decreto de 1 de diciembre de 1978; supresión que no puede venir amparada por ninguna de las normas con rango de ley citadas en el preámbulo de la norma. La conclusión es, pues, evidente: la supresión no ha podido realizarse sin infringir el Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como también adelanté, la argumentación no deja de presentar quiebras: en la propia estructura de las sentencias y, además, habida cuenta de otros elementos que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta.

Vayamos por partes. Y empecemos por la que he denominado premisa mayor, la necesidad de cobertura legal para suprimir el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales. Dice así el Tribunal Supremo:

«... lo que se discute en esencia en este recurso es si la supresión ordenada en la disposición final 1.ª del Real Decreto citado y la regulación en las disposiciones transitorias de la situación de los funcionarios adscritos al citado Servicio Nacional, creado y regulado en el título IV del libro III de la Ley de Régimen local, tiene cobertura legal, prestada, según el preámbulo del Decreto, por el artículo 2 de la Ley 47/1978, de

---

(11) Efectivamente, la jurisprudencia, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1959, viene entendiendo, de manera que se consideraba unánime, la no aplicabilidad de la excepción del recurso de reposición prevista en el artículo 53, e), de la Ley Jurisdiccional al recurso directo contra reglamentos del artículo 39, 3.º, a pesar de la crítica que ya de aquella primera sentencia hiciera Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», en *RAP*, núm. 29 (1959), págs. 161 y sigs. *Vid.* una exposición de la jurisprudencia, con argumentos en pro de la misma, en Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 746 y sigs.

7 de octubre, que se invoca al comienzo del preámbulo, o en el artículo 26 del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, aducido al final del mismo» (12).

Habitualmente, nuestro Tribunal Supremo admite la existencia de los denominados reglamentos independientes, emanados por la Administración en ausencia de previsión legal y sin contradecir ninguna norma con rango de ley (13). No se modifica en esta ocasión

---

(12) Del considerando segundo de la sentencia de 20 de octubre de 1982, primera de la serie comentada y a la que me referiré en lo sucesivo para cualquier cita, dado que las restantes sentencias mencionadas en la nota núm. 9 no hacen sino reproducir o extraer sus considerandos.

(13) Entre la última jurisprudencia admitiendo la potestad reglamentaria independiente de la Administración puede citarse la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1978 (Aranzadi, de 1980, 1.548), ponente: Paulino Martín Martín: «Si bien es doctrina general... la que declara que la Administración carece de poderes en el ejercicio de su potestad reglamentaria para privar o limitar los efectos de una norma de superior rango, o dictar una nueva contraria a las directrices establecidas en la ley que trata de desarrollar, no lo es menos que en los demás casos sus facultades normativas sólo pueden atacarse si aparecen enmarcadas al margen de la legalidad, ya que no es lícito ignorar que la Administración dispone en nuestro Ordenamiento de una potestad reglamentaria en sentido propio o con plenitud de atribución..., de tal forma que los posibles motivos de nulidad han de ampararse en supuestos de violación de normas de superior rango...».

Tal parece ser, efectivamente, la doctrina jurisprudencial consolidada, aunque algunas sentencias emanadas tras aprobarse la Constitución tratan de introducir nuevas precisiones; así, en la sentencia de la misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1980 (Aranzadi, 3.177, ponente: José Ignacio Jiménez Hernández, se dedican largos párrafos a argumentar que el control de un reglamento anterior a la Constitución (se trataba del Decreto 554/1974, de 1 de marzo, sobre medidas de seguridad en establecimientos bancarios) debe hacerse conforme a la legalidad anterior, en la cual los límites de la potestad reglamentaria venían definidos por los principios de reserva de ley y jerarquía de las normas; sin embargo, no se indican las diferencias que en ese esquema haya podido introducir la Constitución. En esta misma línea de matices a la doctrina tradicional, puede citarse la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981 (Aranzadi, 5.405), ponente: Manuel Sainz Arenas, que limita la potestad reglamentaria independiente a las cuestiones organizativas: «la potestad reglamentaria de la Administración —en la actualidad reconocida en el artículo 97 de la Constitución— opera con mayor o menor autonomía según que se ejerza *ad intra* (es decir, con fines puramente autoorganizativos o en el marco de las relaciones de sujeción especial) o *ad extra* (lo que sucede cuando regula abstractamente derechos y obligaciones de los ciudadanos en situación de sujeción general), pues en el primer caso podrán dictarse los denominados reglamentos independientes, que son aquellos que no se fundan en una previa habilitación legal y rigen en el ámbito interno o doméstico de la Administración, en tanto que en el segundo nos encontraremos ante los reglamentos ejecutivos, caracterizados porque desarrollan una ley previa, en ausencia de la cual no puede la Administración proceder a su elaboración» (en el caso se confirmó la legalidad de determinados presupuestos de aptitud para ser Agente de Aduanas impuestos reglamentariamente).

No obstante, esa tendencia jurisprudencial a limitar el campo del reglamento independiente no puede estimarse consolidada, puesto que en otras ocasiones el Tribunal Supremo sigue admitiéndolo muy generosamente. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Cuarta de 24 de noviembre de 1980 (Aranzadi, 4.597), ponente: Ángel Martín del Burgo, donde se afirma que el Real Decreto 1100/1978, de 12 de mayo, que regula la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas, es «un reglamento de los llamados independientes, o sea, de los dictados por la Administración en ejercicio de la genérica

tal doctrina; es decir, parece claro que si el Tribunal habla de la necesidad de cobertura legal para suprimir el Servicio Nacional que nos ocupa es debido, simplemente, a que el Servicio se encontraba regulado en la Ley de Régimen local. Operaba, pues, una reserva de ley; aunque al estar realizada por una ley ordinaria, la reserva podía ser alterada en virtud de otra ley ordinaria. De ahí que el debate quede concretado en la búsqueda de una cobertura legal para el Decreto supresor del Servicio Nacional de Inspección y Aseoramiento de las Corporaciones Locales.

Hasta aquí el planteamiento parece correcto, con independencia de la crítica general que pueda realizarse a propósito del entendimiento jurisprudencial del principio de legalidad como vinculación negativa de la Administración a la ley (14). Lo que ya no parece tan correcto es limitar la búsqueda de cobertura legal a los apoyos expresamente citados en el preámbulo del Decreto impugnado. Porque, como antes dije, el marco de referencia para enjuiciar la legalidad de cualquier actuación administrativa es todo el Ordena-

---

potestad reglamentaria, que, aunque sujetos, como es obligado, a las leyes formales, no se dictan, sin embargo, para ejecutar o desarrollar una concreta ley o alguno de sus preceptos, sino más bien en ejercicio de potestades propias de la Administración». También en la sentencia de la Sala Tercera de 10 de marzo de 1982 (Aranzadi, 1.245), ponente: Manuel Pérez Tejedor: «Que otro de los motivos de impugnación que alega la recurrente respecto al Decreto recurrido (era el Real Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, sobre órganos de gobierno y funciones de las Cajas de Ahorro) es su promulgación, sin que desarrolle materias constitutivas de normas con rango de ley; pero ese hecho, por sí mismo, no constituye defecto o vicio imputable a la disposición, en cuanto si bien la llamada potestad reglamentaria de la Administración pública ha de ejercerse de acuerdo con las leyes, conforme dispone el artículo 97 de la Constitución, y según el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, está prohibido dictar disposiciones administrativas contrarias a las mismas, la Administración pública puede ejercer dicha potestad no sólo en desarrollo de leyes o principios legislativos, sino cuando no existe norma de rango superior sobre la materia, porque no es posible infringir una ley inexistente, y cuando la Administración regula una materia no regida por normas legales ni sujeta a reserva legal, no infringe ningún principio de jerarquía normativa y actúa, por tanto, legítimamente».

En la doctrina aparece asimismo dominante la tesis que admite el reglamento independiente, siempre que se refiera a materias no reservadas a la ley y sin que en ningún caso se impida a la ley la regulación posterior; así, Martín BASSOLS COMA: «Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución», en *RAP*, número 88 (1978), pág. 130; Rafael GÓMEZ-FERRER: *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en el vol. col. *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, 1979, t. I, pág. 120; Mariano BAENA DEL ALCÁZAR: *Reserva de ley y potestad reglamentaria en la nueva Constitución Española*, en el vol. col. *cit.*, página 289; Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, págs. 503 y sigs.

(14) Vid., por ejemplo, Angel GARRORENA MORALES: *El lugar de la ley en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1980, quien desde un entendimiento estricto del principio de legalidad como vinculación positiva a la ley excluye, en todo caso, la posibilidad del reglamento independiente. En ese mismo sentido se orientan las apreciaciones críticas contenidas en mi comentario al libro de FERNÁNDEZ FARRERES, *cit.* en nota anterior; comentario de próxima publicación en *Presupuesto y gasto público*.

miento jurídico, estando ampliamente capacitados a tal fin los Tribunales de lo Contencioso-administrativo.

No sólo el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 y la Ley de 7 de octubre de 1978 podían prestar cobertura legal a la supresión del Servicio Nacional operada por el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978. Pero antes de estudiar otras posibilidades conviene analizar las razones que llevan al Tribunal Supremo a desechar el apoyo del Decreto en las normas con rango de ley a las que expresamente se refiere en su breve preámbulo.

### III. POTESTAD ORGANIZATORIA ATRIBUIDA EN DECRETOS-LEYES PRECONSTITUCIONALES DE CONTENIDO DESLEGALIZADOR

Un importante problema planteado en el caso que se analiza atañe a la virtualidad que deba corresponder a las operaciones deslegalizadoras realizadas por decreto-ley antes de la Constitución. Desde el punto de vista organizativo, la importancia de la cuestión radica en el hecho de que las reformas de la Administración central del Estado realizadas en el período de la transición política (Real Decreto de 4 de julio de 1977), y aun tras la aprobación del Texto fundamental (Real Decreto de 5 de abril de 1979), buscaron su cobertura legal, junto a otras reformas menores como la que directamente nos ocupa, en la deslegalización que contiene el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976. Si se considera que tal deslegalización fue inadecuada a Derecho, quizá deba concluirse —y así lo ha hecho ya algún autor, como veremos— la radical nulidad de tales reformas administrativas y, consecuentemente, la nulidad de la actividad cumplida por los nuevos órganos administrativos. Fenomenal efecto cuyos fundamentos conviene, sin duda, analizar pausadamente.

#### 1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EXCLUIR LA COBERTURA DEL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO EN EL DECRETO-LEY DE 8 DE OCTUBRE DE 1976

El Decreto supresor del Servicio buscaba su cobertura legal directa en el artículo 26 del Real Decreto-ley de Ordenación Económica de 8 de octubre de 1976, que decía:

«Con objeto de obtener una mayor economía en los gastos públicos y una mayor eficacia en la gestión de los servicios, el Gobierno, a propuesta de su Presidente, podrá acordar la supresión, refundición o reestructuración de los Departamentos ministeriales y de los Organismos y Servicios de la Administración del Estado e Institucional, cualquiera que sea el rango de la disposición por la que fueron creados o se encuentren regulados».

La amplitud con que estaba redactado este precepto no ha parecido suficiente al Tribunal Supremo, que razona de la siguiente forma:

1.º El Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 es una norma de emergencia, cuyo artículo 26 se limita a autorizar al Gobierno para, a propuesta de su Presidente, realizar una reforma administrativa. Esa es la primera idea a retener, sobre la que en seguida volveré, y que las sentencias comentadas expresan así:

«Que iniciado el examen del Real Decreto-ley 18/1976, a cuyo amparo se dice dictar el Decreto impugnado, no es posible eludir el carácter de legislación de emergencia que su preámbulo subraya una y otra vez con frases como las siguientes respecto a sus fines: 'medidas a corto plazo', 'medidas coyunturales que permitan la superación de la situación actual', 'carácter provisional', etc., que anunciaban ya la frase introductoria del artículo 26 'con objeto de obtener una mayor economía de los gastos públicos y una mayor eficacia de la gestión de los servicios', frase que justifica la autorización al Gobierno para que, a propuesta del Presidente, pueda suprimir, refundir o reestructurar Departamentos ministeriales y órganos y servicios» (considerando tercero de la sentencia de 20 de octubre de 1982).

2.º El Gobierno consumió la autorización contenida en el Decreto-ley al dictar el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, cuya disposición final segunda concede un plazo de cuatro meses a los Ministerios para proponer sus propias reestructuraciones; plazo que no fue utilizado por el Ministerio del Interior con respecto al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento:

«Que, como declara el preámbulo del Real Decreto de la Presidencia del Gobierno 1558/1977, de 4 de julio, esta disposición se dicta 'en uso' de la citada autorización, realizándose en su artículo una amplia reorganización de los órganos superiores (Ministerios y Subsecretarías, sobre todo) y estableciéndose en su disposición final 2.ª un plazo de cuatro meses para que los Ministerios, ya reorganizados, propongan sus reestructuraciones propias, de modo que para que los respectivos Ministe-

rios pudieran proceder a nuevas ordenaciones en virtud de esta autorización derivada de la primitiva estaban constreñidos por un término preciso que el Ministerio del Interior no utilizó, al menos en lo que se refiere al Servicio Nacional de que aquí se trata» (considerando cuarto de la sentencia de 20 de octubre de 1982).

3.º El Decreto impugnado carece de apoyo en el artículo 26 del Decreto-ley, puesto que fue dictado fuera del plazo máximo a que podía extender sus efectos la autorización, y, además, el Decreto fue adoptado a iniciativa del Ministerio del Interior y no del Presidente del Gobierno, como exigía el Decreto-ley:

«Que, abstracción hecha del carácter coyuntural del Real Decreto-ley 18/1976, es indudable que la sustitución en la facultad de iniciativa del Presidente del Gobierno por la de los Ministros de Departamentos fue temporal, y el no haberse hecho uso de ella en el plazo de cuatro meses explica, en parte, la ambigüedad del preámbulo del Real Decreto 2856/1978, pretendiendo ampararse a la vez en dos preceptos de distinta significación y alcance diferente..., con lo cual mezcló la autorización dejada en el artículo 26 del Real Decreto-ley 18/1976 a la iniciativa de la Presidencia del Gobierno, y la otorgada en el artículo 2 de la Ley 47/1978, cuyo ejercicio dependía de la iniciativa del Ministerio del Interior» (considerando quinto de la sentencia de 20 de octubre de 1982).

El Tribunal Supremo maneja, pues, dos argumentos: el primero consiste en el agotamiento de la autorización contenida en el Decreto-ley; el segundo reside en la apreciación de un vicio formal, por haberse aprobado el Decreto supresor a iniciativa del Ministerio del Interior y no del Presidente del Gobierno, como requería el Decreto-ley. Los examinaré ordenadamente.

Las sentencias comentadas, según digo, toman como punto de partida prioritario el carácter coyuntural del Decreto-ley, su provisionalidad, de donde deducen que el artículo 26 contenía la autorización para llevar a cabo una sola reestructuración administrativa. Tal reestructuración se operó, en sus aspectos básicos, con el Real Decreto de 4 de julio de 1977, que agotó el posible uso de la autorización, a reserva solamente de la concreción, Ministerio por Ministerio, de la reforma, en el término perentorio de cuatro meses que preveía el mismo Decreto de 1977.

Se realizan aquí interpretaciones muy discutibles sobre el alcance del artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976. Creo que, por más referencias que ese Decreto-ley hiciera en su preámbulo a la coyuntura y la provisionalidad, en el precepto citado



contenía no una norma provisional, no una autorización sujeta a plazo de ejercicio, sino, pura y simplemente, una norma deslegalizadora, abriendo la regulación de materias hasta entonces contenidas en leyes a la potestad reglamentaria de la Administración. Eso es lo que hizo el Decreto-ley, mostrándose en tal punto conforme la doctrina que lo ha estudiado y aun el propio Tribunal Supremo, en sentencias procedentes de otra Sala, pero muy cercanas temporalmente a las comentadas, según veremos en seguida (15). Cuestión distinta será la de si el Decreto-ley podía producir una deslegalización válidamente.

## 2. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DECRETOS-LEYES PRECONSTITUCIONALES DE CONTENIDO DESLEGALIZADOR

Tímidamente se advierte, pues, en las sentencias comentadas el planteamiento de un problema que, en relación con el mismo artículo 26 del Decreto-ley de 1976, había surgido en la doctrina y en la propia jurisprudencia. ¿Qué posición adoptar ante un Decreto-ley anterior a la Constitución y de contenido deslegalizador?

Tras la Constitución de 1978, parece que un decreto-ley deslegalizador podría infringir el artículo 86 del Texto fundamental. Es decir, sería difícil admitir la «extraordinaria y urgente necesidad» —presupuesto de hecho habilitante del decreto-ley, según el precepto constitucional citado— para alterar la estructura del Ordenamiento jurídico y remitir al futuro, sin fijación de plazo, la regulación de una materia. Añádase que tal infracción del artículo 86 de la Constitución resultaría perfectamente controlable por el Tribunal Constitucional (16).

---

(15) *Vid.* posteriores notas núms. 18 y 20, así como el texto correspondiente a las mismas.

(16) *Vid.*, en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 29/1982, de 31 de mayo (*BOE* del 28 de junio), ponente: Manuel Díez de Velasco, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio, sobre inspección y recaudación de la Seguridad Social. En el fundamento jurídico sexto se dice: «... las razones de extraordinaria y urgente necesidad, que excepcionalmente pueden habilitar al Gobierno, como ha quedado establecido, para abordar el tratamiento innovativo de determinadas materias reguladas por ley formal, no amparan bajo ningún punto de vista la inclusión de un precepto exclusivamente deslegalizador, que remite al futuro la regulación de la materia deslegalizada, máxime cuando no se fija un plazo perentorio para dictar tal regulación, que habría de ser inferior al necesario para tramitar la deslegalización como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia».

A) *Imprudencia de aplicar la regulación constitucional del decreto-ley*

La problemática es más compleja cuando la deslegalización se produjo en un decreto-ley anterior a la Constitución. Más compleja, por la circunstancia, obvia, pero trascendental, de que tal decreto-ley fue emanado bajo un sistema de fuentes del Derecho muy diferentes del que sanciona la Constitución; un sistema de fuentes enrarecido, que utilizaba la terminología y la apariencia de los sistemas democráticos de fuentes del Derecho, pero que no respondía a los necesarios esquemas de distribución del poder. Un sistema de fuentes en el que la distinción entre los productos normativos del órgano legislativo y de los órganos ejecutivos no reflejaba una sustancial diferencia de fondo. La supremacía de la ley era básicamente una supremacía formal, derivada del cumplimiento de un *iter* agravado, y no efecto ligado a la expresión de la voluntad popular. Y ello, por la sencilla razón de que las Cortes no representaban ninguna voluntad popular, no siendo elegidos sus componentes por sufragio universal y contando, por encima, con los poderes totales de la Jefatura del Estado.

Por otra parte, el proceso de reforma política que culminó en la aprobación del texto constitucional de 1978 fue formalmente caracterizado como un proceso evolutivo, de transformación del Estado y no de ruptura, como es sabido. Caracterización que sirvió, desde el ángulo jurídico que ahora interesa, para conservar la normativa anterior con la virtualidad deducida de su apariencia formal. Las leyes elaboradas bajo el régimen político anterior siguieron considerándose leyes y no otra cosa. Leyes, eso sí, sometidas a la Constitución y depuradas automáticamente en cuanto a su contenido, al consolidarse la idea del valor normativo inmediato de la Constitución y el consiguiente efecto derogatorio de las disposiciones anteriores incompatibles con sus dictados.

De estas consideraciones cabe deducir dos consecuencias de gran importancia para afrontar la problemática de los decretos-leyes deslegalizadores anteriores a la Constitución. La primera, en el sentido de que, habida cuenta del enrarecido sistema de fuentes jurídicas preconstitucional, no puede pretenderse la aplicación mecánica de conceptos y efectos de la teoría de las fuentes propia de un Estado de Derecho para explicar o valorar situaciones normativas nacidas en un marco político muy diferente. La segunda consecuencia estri-

ba en que la inmediata vigencia de la Constitución, como norma jurídica con efecto derogatorio de las disposiciones anteriores incompatibles con sus dictados, ha de limitarse a los aspectos materiales; no siendo posible, así, aducir infracciones del orden jerárquico de la legalidad que no estuvieran establecidas en el momento de dictarse las normas preconstitucionales.

Esta doctrina fue afirmada tempranamente por el Tribunal Constitucional al analizar el decreto-ley preconstitucional relativo al derecho de huelga. En concreto, el Tribunal dijo que «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación» (17). De la misma manera que no es posible exigir retroactivamente una reserva constitucional de ley, no será posible exigir retroactivamente el respeto a los límites formales de cualquier potestad normativa establecidos en la Constitución. No cabe, concretamente, acudir a la regulación constitucional del decreto-ley para controlar una norma de tal carácter anterior al Texto fundamental. Si el decreto-ley era válido cuando se dictó, seguirá siéndolo tras aprobarse la Constitución, a no ser que su contenido material resulte incompatible con algún elemento sustantivo del texto constitucional.

De esta manera, no parece correcta la argumentación que, a propósito del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, se hace en una sentencia del Tribunal Supremo muy cercana temporalmente a la serie jurisprudencial comentada (18):

---

(17) Del fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (BOE del 25), ponente: Luis Díez Picazo, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo.

(18) Se trata de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1983 (Aranzadi, 2.501), ponente: José Luis Martín Herrero, estimatoria del recurso interpuesto contra el Real Decreto de 10 de octubre de 1980. El Decreto fue dictado también en uso de la deslegalización contenida en el artículo 26 del Decreto-ley de 1976; en el punto concreto impugnado unificaba los cargos de Presidente y Delegado del Gobierno en los Puertos en Régimen de Estatuto de Autonomía, modificando así las previsiones de la Ley de 20 de junio de 1968, reguladora de tales Puertos. En el texto se transcribe el considerando tercero de la sentencia. Cabe advertir que el Decreto en cuestión ya había sido anulado en este punto por la sentencia de la misma Sala de 15 de octubre de 1982 (Aranzadi, 5.776), ponente: José Garralda Valcárcel, aunque en aquel caso se estimara el recurso por falta de dictamen del Consejo de Estado.

«Que si bien sería dudosamente aceptable que pueda hablarse de derogación de una norma por la diferente regulación constitucional del procedimiento a seguir para su elaboración, aprobación, promulgación o entrada en vigor, sin embargo, en el caso debatido deben entenderse inaplicables las normas que siendo anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, se refieren a materias que en la actualidad la Constitución regula de forma distinta, como ocurre en el presente caso, en el que mediante una disposición procedente del Gobierno, como es un Decreto-ley, se ha autorizado al propio Gobierno para dictar normas con rango de ley, lo que pugna abiertamente con la exigencia constitucional de que sean solamente las Cortes Generales las que puedan conceder al Gobierno la delegación para poder dictar Decretos legislativos, por lo que ha de entenderse derogada la regulación anterior a la Constitución, que lo hacía en forma distinta a lo que en ella se proclama, lo que produce, como consecuencia, la inaplicación de tales normas, al oponerse a la Constitución, sin que esta Sala entienda necesario someter al Tribunal Constitucional la posible cuestión de inconstitucionalidad, ya que no se trata de decidir acerca de la eficacia o ineficacia del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 ni, por tanto, acerca de la actuación del Gobierno en cuanto dictó ese Decreto-ley, sino de inaplicar la norma emanada de esa autorización concedida, por contradecir lo dispuesto por la Constitución, la que debe prevalecer sobre aquellos preceptos que, aun con rango de ley, se oponen a lo que en ella se establece».

La sentencia parte de una premisa que debe reputarse inadecuada. En efecto, entiende que las disposiciones administrativas emanadas en virtud de una deslegalización tienen rango de ley, lo cual no es exacto. En primer lugar, porque si fuera así, si el decreto dictado en uso de una deslegalización tuviera rango de ley, lo primero que debería justificar el Tribunal Supremo es su propia competencia para enjuiciarlo sin rebasar la extensión que a la Jurisdicción contencioso-administrativa impone el artículo 1.º, 1.º, de su Ley reguladora. El reglamento dictado en uso de una deslegalización no pierde su naturaleza reglamentaria, su carácter subordinado; y si puede derogar una ley es porque otra ley así lo ha establecido (19). Parece claro, pues, que el Tribunal Supremo, en esta ocasión, confunde los conceptos de delegación legislativa y deslegalización.

Pero, además, y en cualquier caso, la sentencia está enjuiciando la corrección de un Decreto-ley preconstitucional de acuerdo con los

---

(19) Vid., por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1981, pág. 170: «Lo específico de la ley deslegalizadora es... que en desarrollo de la misma surjan normas administrativas o reglamentarias puras» (cabe recordar que la 1.ª ed. de este libro se remonta ya al año 1970).

parámetros establecidos en la Constitución para emanar tal fuente del Derecho (20). No hay una incompatibilidad material entre el contenido del Decreto-ley y la Constitución, en contra de lo que afirma la sentencia. Tal contradicción existiría si la Constitución hubiera operado una reserva de ley para la materia objeto de la deslegalización; en ese caso, aunque la deslegalización se hubiera producido por ley votada en Cortes, no sería posible hacer uso de la misma tras la entrada en vigor del texto fundamental, por la sencilla razón de que la manipulación de rango operada en la norma deslegalizadora habría sido derogada por la Constitución.

Lo importante, insisto, en el supuesto que nos ocupa, es determinar si el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 fue válido en el momento de aprobarse. Obsérvese que si la deslegalización allí contenida produjo efectos entonces, tales efectos consistirían, al menos parcialmente, en la derogación de las reservas de ley contenidas en leyes ordinarias anteriores. Pongamos un ejemplo. La Ley de Régimen Jurídico de 1957 preveía, entre otras cosas, que la supresión de un Departamento ministerial «se establecerá por ley» (art. 3). Posteriormente, el Decreto-ley de 1976 dice que el Gobierno «podrá acordar la supresión... de los Departamentos ministeriales» (art. 26). Pues bien, si esta última norma fue válida, habrá de concluirse que derogó la reserva de ley establecida en la ley procedimental; y si hubo tal derogación eficazmente producida, deberá concluirse también que una eventual derogación del Decreto-ley deslegalizador por virtud del texto constitucional (inconstitucionalidad sobrevenida) no podría reavivar la norma anteriormente derogada, so pena de infringir el principio, de pura lógica jurídica, incorporado al artículo 2.º, 2.º, del Código Civil, según el cual «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado».

Se reafirma con este argumento la tesis que limita los efectos derogatorios de la Constitución a los supuestos de contraste material con disposiciones anteriores, excluyendo así toda posible aplica-

---

(20) Sigue esa misma vía Javier SALAS: *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 67-68, quien entiende derogado por la Constitución el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, porque «aquellos Decretos-leyes deslegalizadores publicados con anterioridad a la promulgación de la Constitución deben considerarse... agotados en sus efectos»; opinión de la que participa Avelino BLASCO: «Principios de la jurisprudencia constitucional sobre los Decretos-leyes», en *REDA* núm. 36 (1983), pág. 120, asegurando que la doctrina del Tribunal Constitucional «es incompatible con la afirmación contraria», cosa que no parece exacta, habida cuenta de la doctrina del Tribunal Constitucional a que me he referido en el texto correspondiente a la nota núm. 17.

ción de las previsiones constitucionales sobre la producción normativa a tales normas anteriores.

B) *Examen de la tesis doctrinal que niega la validez de los decretos-leyes preconstitucionales de contenido deslegalizador*

Este aspecto ha sido bien comprendido, a mi juicio, por un autor que aun obteniendo conclusiones discutibles, enfoca correctamente el problema de la adecuación a Derecho del artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 desde la perspectiva temporal en que fue aprobado (21). ¿Se podía producir válidamente una deslegalización por Decreto-ley bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales? Esa es la cuestión, para cuyo análisis conviene empezar exponiendo los argumentos que llevan al autor a concluir la invalidez del Decreto-ley deslegalizador, antes y después de la Constitución:

1.º El artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 infringía, en cuanto a su objeto, el artículo 13 de la Ley constitutiva de las Cortes (Texto refundido de 1967). Según este precepto, los Decretos-leyes debían dictarse «para regular materias» reservadas a la ley; el artículo 26 del Decreto-ley en cuestión no regula materias reservadas a la ley, sino que produce una deslegalización, remitiendo al futuro la regulación por el Gobierno de las materias deslegalizadas. «Vemos, pues, que por razón del objeto, el artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 no resulta ajustado a las exigencias constitucionales explícitamente establecidas en el artículo 13 de la Ley de Cortes», dice el autor. Y añade: «Lo que equivale, en realidad, a afirmar que ni el Gobierno ni el Rey —que carecía ya de la potestad legislativa de prerrogativa, propia del general Franco— tenían *competencia* para operar por medio de Decreto-ley una deslegalización... Este precepto adolece de un vicio de inconstitucionalidad que le invalida por falta de competencia del órgano que lo ha establecido».

2.º El artículo 26 del Decreto-ley infringía también la causa, el presupuesto de hecho que habilitaba para dictar un Decreto-ley, que era la urgencia, según el citado artículo 13 de la Ley de Cortes. «Será difícil, si no imposible —afirma el autor— que cualquier deslegalización pueda satisfacer una necesidad pública urgente»; «la desle-

---

(21) José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Reserva y autorreserva legales en materia de organización de la Administración del Estado (A propósito de la legalidad de los Reales Decretos reestructuradores de la Administración de 1977 y 1979)», en RAP número 92 (1980), págs. 213 y sigs., para el punto que nos interesa.

galización... en modo alguno puede justificarse en razones de urgencia, cuando resulta que no se hace uso de ella hasta pasados meses y años».

3.º En definitiva, se denunciaba «el carácter inconstitucional o anticonstitucional que *ex radice* y desde su nacimiento presentaba el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 (...) ... por incompetencia del Rey y del Gobierno para deslegalizar materias por Decreto-ley y para dictar normas por este procedimiento que no se justificasen en razones de urgencia».

4.º Pero el problema que surgía, una vez constatada la «inconstitucionalidad» del Decreto-ley, era el de concretar «qué sanción aplicaba el ordenamiento constitucional de las Leyes Fundamentales a las disposiciones con fuerza de ley que lo conculcaban y cuál era el procedimiento para su aplicación». El juego del recurso de contrafuero (*ex art. 64 de la Ley Orgánica del Estado de 1967*) resultaba sin contenido en el caso, por haber transcurrido el plazo de dos meses desde la publicación del Decreto-ley sin impugnación.

5.º La solución la encuentra entonces el autor en la técnica de la inaplicación por los Tribunales de las normas con rango de ley contrarias a las Leyes Fundamentales. Técnica que considera viable por la cita de diversos autores que propugnaban su implantación en nuestro Derecho, y por la aplicación que de la misma llevó a cabo el Tribunal Supremo en los conocidos casos de la legalización del Partido Comunista y otros partidos en el año 1977.

Pues bien, si éstos son los argumentos doctrinales que llevan a concluir la invalidez originaria de la deslegalización contenida en el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, creo que cabe discrepar de los mismos en base a las siguientes consideraciones:

1.ª Con carácter general, se observará que los conceptos utilizados en la argumentación anterior son los propios de la teoría de las fuentes en un Estado de Derecho. De ahí que se interprete restrictivamente el objeto del decreto-ley, habida cuenta de las previsiones que contenía la «Constitución» (las Leyes Fundamentales), constando la «inconstitucionalidad» del precepto y buscando la sanción de tan grave vicio en la técnica del control difuso de la «constitucionalidad», en virtud de una preferente aplicación de la «Constitución», por encima de cualquier ley ordinaria que la contradijera. Sucede simplemente que no fue ése el marco conceptual ni jurídico-positivo en que se aprobó el Decreto-ley de 1976. Aun aceptando que, bajo la

vigencia de las Leyes Fundamentales, la distinción entre norma procedente del Parlamento y norma aprobada por el Ejecutivo tuviera una trascendencia jurídica real, el análisis de cualquiera de las formas de producción normativa entonces existentes debe realizarse conforme al concepto y a los efectos que para las mismas establecía aquel ordenamiento.

2.<sup>a</sup> De esta manera, si estudiamos lo que eran los decretos-leyes en el régimen anterior, llegaremos a la conclusión de que la norma amparada en tal ropaje, poco o nada tenía que ver con la norma de idéntica denominación recogida en la Constitución de 1978. Veamos. El Decreto-ley se regulaba en el artículo 13 de la Ley de Cortes, que en la redacción vigente de 1976 establecía:

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

Hay en esta regulación una diferencia esencial con respecto al régimen propio del decreto-ley en la Constitución de 1978: falta la intervención de las Cortes, a las que se priva de toda posibilidad de control. Por eso algunos autores, bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales, afirmarían que «el decreto-ley, norma provisional en sus orígenes, queda convertido en norma definitiva en cuanto a sus efectos»; «a partir de este momento, el decreto-ley, *más que responder al tipo constitucional de este nombre*, ha venido a constituir en realidad una verdadera competencia legislativa alternativa en manos del Gobierno; competencia, por cierto, difícilmente justificable dentro del propio sistema constitucional, por faltar al Gobierno la titularidad de una representación política de la comunidad» (22). Igualmente, otro tratadista, después de constatar la falta de poderes en las Cortes para controlar el decreto-ley, diría: «En realidad, la finalidad esencial que el decreto-ley tiene actualmente en España es la de ser sustitutivo de las leyes de prerrogativa (del Jefe del Estado)... Por eso cumple en nuestro Derecho una función un tanto distinta a la que le es natural en otros ordenamientos jurídicos» (23).

(22) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1974, t. I. 1.<sup>a</sup> ed., pág. 98.

(23) José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, t. I, pág. 244; antes, en igual sentido,



3.<sup>a</sup> De acuerdo con ese carácter plenamente alternativo de la ley que el ordenamiento jurídico anterior concedía al decreto-ley, no cabe deducir mayores consecuencias de las posibles infracciones en cuanto al objeto o la causa que para tal figura normativa establecía el artículo 13 de la Ley de Cortes. La urgencia del decreto-ley para deslegalizar o para cualquier otra función era apreciada por el Jefe del Estado, oída determinada Comisión de las Cortes. Aunque se llegara al trámite del recurso de contrafuero alegando la falta de urgencia en un decreto-ley, quien, en definitiva, resolvía tal recurso era el propio Jefe del Estado. El círculo era cerrado; todo estaba atado y bien atado y sería vano buscar escapatorias, vías para un posible control de «constitucionalidad» de las normas con rango de ley bajo el imperio de las Leyes Fundamentales.

4.<sup>a</sup> Queda por examinar, no obstante, la posibilidad de acudir a la técnica de inaplicación por los Tribunales de las normas con rango de ley contrarias a las Leyes Fundamentales. ¿Era ésa una vía adecuada para constatar la invalidez de un decreto-ley?

En la jurisprudencia producida por el Tribunal Supremo en el régimen anterior nunca llegó a prevalecer la tesis de la más fuerte vinculación del Juez a los mandatos de las Leyes Fundamentales, pese a que autorizadas voces —don José CASTÁN TOBEÑAS, Presidente del Tribunal Supremo, a la cabeza de ellas, desde 1958— se alzaron en la doctrina exigiendo la importación de la técnica norteamericana de la *judicial review* (24). Sólo en las postrimerías del régimen, tres sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en unos casos sobre legalización de partidos políticos, dotados entonces de gran carga conflictiva, negaron la aplicación de un decreto-ley por su supuesta inconstitucionalidad al no recoger el principio revisor de

---

Juan GASCÓN HERNÁNDEZ: «Problemas actuales del Decreto-ley», en *RAP* núm. 15 (1954), pág. 107.

(24) *Vid.* Manuel ARAGÓN: «La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (Un caso de control judicial de constitucionalidad de las leyes)», en *REDA* número 14 (1977), págs. 507 y sigs. De la absoluta falta de virtualidad de la técnica de inaplicación judicial a que me refiero en el texto da buena prueba Javier SALAS: «Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia», en *RAP* número 51 (1966); es éste un magnífico estudio en el que el autor denunció, con vigor y fundamento, los vicios en que incurrían los decretos-leyes; entre otras cosas, destacaba la incorrección de todo tipo de remisiones normativas realizadas por decreto-ley (página 61), diciendo que «plantean la cuestión de su inconstitucionalidad» (pág. 62), pero en nota se veía obligado a reconocer: «De todos es sabido cómo en la práctica esta cuestión no acarrea trascendencia alguna en España... Si a pesar de todo planteo la cuestión en el texto es porque creo que el artículo 3.º de la Ley de 17 de mayo de 1958 (Principios del Movimiento) podría jugar un papel importante si los propios Jueces y Tribunales ordinarios decididamente se negasen a aplicar en el supuesto concreto que conozcan aquellos preceptos legales que contradigan las Leyes Fundamentales».

la Jurisdicción contencioso-administrativa (25). ¿Es ésta base suficientemente sólida para afirmar la existencia de un control judicial de la «constitucionalidad» de las leyes, bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales? ¿Es adecuada la utilización de la técnica de inaplicación de las leyes «inconstitucionales» *a posteriori*, es decir, cuando ya no existe la posibilidad de comprobar su viabilidad práctica en las condiciones reales para las que se afirma?

Obsérvese, dando un gran salto, que si se impusiera la utilización de esa técnica, habría que generalizarla a todo el ordenamiento preconstitucional. Siempre que un Tribunal hubiera de aplicar una norma con rango de ley emanada en el régimen anterior, tendría que empezar por plantearse si esa norma infringía o no los dictados de las Leyes Fundamentales, para inaplicarla en el primer caso. Es decir, al filtro normal que para la aplicación de toda ley implica el carácter de norma jurídica de la Constitución (vía inconstitucionalidad sobrevenida o vía superioridad jerárquica de la Constitución, instrumentada en este caso obligatoriamente por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), a ese filtro normal se añadiría para las leyes preconstitucionales el de las Leyes Fundamentales, dando a éstas una aplicación y unas virtualidades que ni siquiera cuando estaban vigentes tuvieron. Por añadidura, se podría llegar a situaciones curiosas: piénsese, por ejemplo, en una ley preconstitucional que se estime contraria a las Leyes Fundamentales y ajustada a la Constitución...

En definitiva, la figura denominada decreto-ley en el artículo 13 de la Ley de Cortes era algo distinto del decreto-ley regulado en el artículo 86 de la Constitución de 1978. No hay razones sólidas que aconsejen adentrarse en la demoledora operación de controlar la «constitucionalidad», con arreglo a las Leyes Fundamentales, de los decretos-leyes emanados bajo la vigencia de las mismas. Operación que sería demoledora, digo, porque deslegalizaciones pueden encontrarse prácticamente en todos los decretos-leyes de aquella época (¡aun ahora todavía se desliza alguna...!) (26). Si del examen de una

(25) Sentencias de 1, 2 y 5 de abril de 1977 (Aranzadi de 1978, 4.635 a 4.637), relativas, respectivamente, a los Partidos Comunista de España, Carlista y del Trabajo de España. *Vid.* el estudio de ARAGÓN, *cit.* en nota anterior.

(26) La deslegalización de la materia organizativa operada con un decreto-ley fue una técnica habitual en el período álgido de la reforma administrativa, como puso de relieve algún autor, criticando por ello el contenido de los Decretos-leyes de 3 de octubre de 1966 y 27 de noviembre de 1967; *vid.* Enrique RIVERO YSERN: «Potestad organizativa y actividad organizativa», en *DA* núm. 153 (1973), pág. 23; Manuel ALVAREZ RICO: «El control de la potestad organizativa de la Administración», en *DA* núm. 161 (1974), págs. 102-103.

de esas deslegalizaciones, el autor del que he discrepado llega a propugnar la nulidad de pleno derecho de las reformas administrativas de 1977 y 1979, comunicando tal invalidez a las normas y actos posteriormente dictados por los órganos administrativos «indebidamente» reestructurados..., imagínese el lector las consecuencias de afirmar tal doctrina en todas las aplicaciones de decretos-leyes preconstitucionales que contengan deslegalizaciones, desde que se aprobó la Constitución de 1978. Tamaños efectos asustan y, desde luego, al margen de lo que valgan mis anteriores razonamientos jurídicos, creo que una elemental prudencia debería conducir a negar la viabilidad de la tesis criticada, por el más mínimo resquicio que en su formulación presente.

No obstante, debe reconocerse que la solución aquí propugnada es paradójica. De una parte, se ha mantenido que el decreto-ley elaborado en el anterior régimen político es algo sustancialmente distinto del decreto-ley regulado en la Constitución, deduciendo de tal premisa la imposibilidad de aplicar a ese decreto-ley el régimen del sistema de fuentes postconstitucional. Y, de otra parte, sin embargo, esa sustancial diferencia no ha impedido seguir afirmando la vigencia del decreto-ley preconstitucional, con la misma fuerza de obligar que si fuera formalmente ajustado al texto fundamental. Es una paradoja, sin duda, pero una paradoja que debe ser asumida conscientemente, como uno de los peculiares efectos jurídicos derivados de una transición política reformista y no violenta.

C) *Conclusión: el Decreto-ley prestó cobertura suficiente al Decreto supresor del Servicio Nacional*

Resumiendo lo dicho hasta el momento a propósito de la posible cobertura prestada por el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 a la supresión del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales operada con el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978, habría que decir lo siguiente:

1.º En ese precepto del Decreto-ley no se contiene una autorización para producir una sola reestructuración administrativa, como sostienen las sentencias comentadas, sino una norma deslegalizadora, según ha entendido la doctrina y el propio Tribunal Supremo en otras ocasiones.

2.º La problemática queda entonces desplazada al examen de si pudo válidamente producirse una deslegalización por decreto-ley.

3.º Si se tratara de un decreto-ley posterior a la Constitución, la deslegalización podría estimarse incompatible con el presupuesto de hecho habilitante de tal norma. Sería difícil justificar la urgencia para remitir al futuro la regulación de una materia, como ha declarado el Tribunal Constitucional; órgano perfectamente capacitado para controlar la observancia de tal presupuesto.

4.º La respuesta debe ser distinta en el caso de decretos-leyes de contenido deslegalizador anteriores a la Constitución. No cabe aplicar a los mismos la regulación en ella prevista para los decretos-leyes, puesto que el efecto derogatorio de nuestro texto fundamental sólo se extiende a los supuestos de contraste material con el Ordenamiento anterior, sin abarcar los aspectos de producción, contenido y consecuencias de las fuentes del Derecho.

5.º Se trata, en definitiva, de examinar si la deslegalización llevada a cabo con un Decreto-ley pudo producirse válidamente bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales. En caso positivo, la deslegalización continuará en vigor tras la Constitución, a no ser, por supuesto, que tal deslegalización haya sido derogada, en todo o en parte, por la propia Constitución al establecer alguna reserva de ley (reserva constitucional inexistente en el supuesto que nos ocupa, del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales).

6.º Estudiando lo que era la figura denominada decreto-ley bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales, se llega a la conclusión de que tal fuente del Derecho poco tenía que ver con la que recibe idéntica denominación en el texto constitucional de 1978. En el régimen anterior, el decreto-ley era una alternativa estable y lícita—dentro de un sistema de fuentes enrarecido— a la ley votada en Cortes, lo que no debe extrañar habida cuenta de la naturaleza autoritaria de aquella forma de gobierno.

7.º Un decreto-ley podía entonces producir deslegalizaciones, pues aunque se estimara que de esa manera se infringían los límites establecidos en el artículo 13 de la Ley de Cortes, tal violación sólo podía ser «controlada» por medio del recurso de contrafuero; autocontrol vía contrafuero, pues el recurso lo resolvía quien había aprobado el decreto-ley, que, en el caso que nos ocupa, no fue utilizado en el plazo perentorio previsto, al margen ya de que el contrafuero se concibiera como un mecanismo puesto para no funcionar.

8.º Fundar el posible control de la «constitucionalidad» de un decreto-ley, bajo el imperio de las Leyes Fundamentales, en la téc-

nica de la inaplicación judicial no parece adecuado, puesto que esa técnica, aparte de que no pueda considerarse consolidada en el régimen anterior por su utilización en un caso aislado de gran contenido político, no fue de hecho utilizada para el Decreto-ley que estudiamos. Trasladar la aplicación de esa técnica a la actualidad comportaría gravísimos problemas en la determinación del Derecho aplicable a cada caso, añadiéndose, para las leyes preconstitucionales, al filtro de la Constitución el filtro de las Leyes Fundamentales.

9.º En conclusión: la deslegalización operada en el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, prestaba cobertura suficiente para que el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 pudiera suprimir el Servicio Nacional, regulado en los artículos 354 y siguientes de la Ley de Régimen local.

### 3. EL SUPUESTO DEFECTO DE FORMA EN EL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO NACIONAL DE INSPECCIÓN Y ASESORAMIENTO DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Queda por examinar el segundo argumento utilizado en las sentencias comentadas para deducir la falta de cobertura del Real Decreto supresor del Servicio de 1 de diciembre de 1978, en el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976.

Es el argumento relativo a la iniciativa del Decreto impugnado. Ciertamente, el artículo 26 del Decreto-ley autoriza la realización de reformas administrativas por «el Gobierno, a propuesta de su Presidente», mientras que el Decreto en cuestión se adoptó por el Gobierno, sí, pero «a propuesta del Ministerio del Interior, previo informe del Ministro de Hacienda, aprobación de la Presidencia del Gobierno y deliberación del Consejo de Ministros». Hay un vicio formal, al no haberse adoptado el Decreto a propuesta del Presidente del Gobierno; un pequeño vicio de procedimiento si se quiere, pero un vicio en cuyo enjuiciamiento las sentencias comentadas se muestran muy rigurosas. No voy a criticar ese rigor, pese a que no constituye una pauta habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de las consecuencias derivadas de infracciones procedimentales en la elaboración de disposiciones generales (27). Admitamos la pre-

(27) En efecto, como demuestra Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1977, págs. 853-855, la doctrina jurisprudencial no ha sido unánime al establecer las consecuencias de las infracciones procedimentales en la elaboración de reglamentos; de las cinco sentencias del Tribunal Supremo que cita, sólo dos (sentencias de 3 de junio de 1967 y 18 de octubre de 1969) mantienen la que el autor considera «correcta doctrina» de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales con vicios de procedimiento; las tres restantes (sentencias de

sencia de ese vicio, aunque el simple sentido común no nos hiciera valorarlo como un vicio relevante, y admitamos también que cualquier defecto de procedimiento debe acarrear la nulidad de los reglamentos.

En tal caso, habría de concluirse que el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 carecía efectivamente de validez, como sostienen las sentencias comentadas... Pero habría que sostener tal conclusión exclusivamente desde la perspectiva del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976. Queda por ver si esa norma constituye la única cobertura legal del Decreto supresor del Servicio Nacional que nos ocupa. Porque en el preámbulo del Real Decreto de 1 de diciembre de 1978, la mención del Decreto-ley carece casi de importancia, frente a la argumentación que se realiza partiendo de la Ley de 7 de octubre de 1978. Dice así dicho preámbulo:

«El artículo 2.º de la Ley 47/1978, de 7 de octubre, faculta al Gobierno para que, a propuesta del Ministro del Interior y respecto de los supuestos de competencia exclusiva de éste, pueda dejar sin efecto, con carácter general, los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que dicho Departamento ejerce sobre las Corporaciones locales, cualquiera que sea el rango de la disposición que las hubiera establecido, con excepción de los que en la misma se detallan.

Al objeto de preparar el cumplimiento de lo anteriormente expuesto,

---

14 de mayo de 1970, 28 de septiembre de 1973 y 17 de junio de 1974) introducen criterios de ponderación de los vicios procedimentales, admitiendo incluso la existencia de irregularidades o defectos de forma de escasa trascendencia no invalidantes, al igual que sucede en la teoría de las nulidades del acto administrativo. Debo decir que esta segunda postura, más matizada, menos rigorista, ha sido defendida en la doctrina por José María BOQUERA OLIVER: «Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias», en *RDP* núm. 57 (1975), págs. 63 y sigs., alineándose posteriormente en la misma tendencia las sentencias de 28 de marzo de 1977 y 12 de diciembre de 1978, objeto esta última del crítico comentario (en la línea de GONZÁLEZ PÉREZ) de José BERMEO VERA: «La 'relativización' del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general», en *REDA* núm. 30 (1981), págs. 539 y sigs. Sin embargo, nuevamente consolida esa «relativización» la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1980 (Aranzadi, 4.597), ponente: Angel Martín del Burgo, en la cual no se da lugar a la anulación del Real Decreto 1100/1978, de 12 de mayo, sobre publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas en los medios de difusión del Estado, pese a que en la elaboración del mismo se observaban infracciones procedimentales. Falta, en efecto, los «estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad» a que se refiere el artículo 129, 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo; faltaba también el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, exigible por lo dispuesto en el artículo 130, 1.º, de la misma Ley procedimental. Pese a ello, el Tribunal Supremo estima que no hay razones para derivar de esos defectos parciales una consecuencia tan drástica como la nulidad de actuaciones. En definitiva, se observará que, normalmente, la jurisprudencia no es muy rigurosa con los pequeños vicios formales de los reglamentos; se tiene la impresión de que el Tribunal Supremo aplica a esos vicios de escasa trascendencia el tratamiento de irregularidades no invalidantes, deducido para los actos administrativos del artículo 48, 2.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

se estima pertinente dotar a la Dirección General de Administración Local de una estructura funcionalmente más apta para el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto procede acometer la supresión del Servicio Nacional de Asesoramiento e Inspección de las Corporaciones Locales, medida que es obligada consecuencia de la próxima supresión de parte de las funciones inspectoras y fiscalizadoras que hasta ahora tenía asignadas.

En consecuencia, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, a propuesta del Ministerio del Interior, previo informe del Ministerio de Hacienda, aprobación de la Presidencia del Gobierno y deliberación del Consejo de Ministros...».

Veamos, pues, si el Decreto supresor puede apoyarse en ese artículo 2 de la Ley de 7 de octubre de 1978, al que dedica mayor atención en su preámbulo.

#### IV. POTESTAD ORGANIZATORIA Y POTESTAD SOBRE LAS FUNCIONES

La Ley de 7 de octubre de 1978, como es sabido, derogó, en su artículo 1.º, la Ley de Bases del Estatuto de Régimen local de 1975, salvo en la parte que ya había sido articulada. En el artículo 2.º decía que el Gobierno, «a propuesta del Ministerio del Interior», podía dejar sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que dicho Departamento ejerciera sobre las Corporaciones locales, «cualquiera que sea el rango de la disposición que los hubiere establecido», con determinadas excepciones que ahora no nos interesan. Ese es el precepto —de contenido evidentemente deslegajador— en el que pretendió ampararse el Gobierno para llevar a cabo la supresión del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales con el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978. Una cobertura que plantea la importante cuestión general de la posible vinculación entre potestad organizatoria y potestad sobre las funciones, ¿debe entenderse que la primera está subordinada o incluida en la segunda?

##### 1. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EXCLUIR LA COBERTURA DEL DERECHO SUPRESOR DEL SERVICIO EN LA LEY DE 7 DE OCTUBRE DE 1978

En las sentencias analizadas se excluye tal cobertura razonando de la siguiente manera:

«...la autorización del artículo 2 de la Ley 47/1978 no fue en realidad usada porque (el Decreto impugnado) no suprimió los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela sobre las Corporaciones locales, los cuales quedaron subsistentes, aunque en manos distintas de las previstas en la regulación legal del Servicio Nacional, tantas veces citado, y de este modo modificó una Ley vigente sin facultades expresas o implícitas para ello, es decir, que al retener el Ministerio del Interior en manos de la Dirección General de Administración Local y de los Gobiernos Civiles la posibilidad de fiscalizar e intervenir las Corporaciones locales, carecía de facultad para suprimir el órgano legal a través del cual tenían que verificarse los procedimientos, sin que baste como dispensa del cumplimiento de las leyes el anuncio de eventual supresión hecho en el párrafo 2.º del preámbulo del Decreto impugnado» (considerando sexto de la sentencia de 20 de octubre de 1982).

## 2. LA INCLUSIÓN DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN LA POTESTAD SOBRE LAS FUNCIONES

a) El razonamiento transcrito no me parece convincente. Según el Tribunal Supremo, la potestad atribuida al Gobierno, por el artículo 2.º de la Ley de 1978, para suprimir determinadas funciones estatales sobre la actividad de las Corporaciones locales, no comprende la facultad de suprimir previamente el órgano que lleva a cabo tales funciones. De esta manera, se va en contra del aforismo lógico según el cual «quien puede lo más, puede lo menos». A no ser que se sostenga que lo importante, en el caso que nos ocupa, es el órgano y no la función. ¿Pero tiene sentido pensar que el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento se creó en la Ley de Régimen local sin relación con unos cometidos funcionales? Ciertamente, no. Si se creó tal Servicio fue debido a la existencia de una amplia gama de funciones inspectoras y fiscalizadoras de la Vida local que debía llevar a cabo la Administración del Estado. En consecuencia, si la Ley de 7 de octubre de 1978 permitía al Gobierno suprimir las funciones, parece que con mayor razón incluyó la posibilidad de introducir modificaciones orgánicas, aun cuando éstas afectaran a órganos creados por una ley.

b) Pero al margen de lo anterior, vamos a admitir la argumentación del Tribunal Supremo. Convengamos en que el artículo 2.º de la Ley de 1978 sólo permitía suprimir el Servicio Nacional que nos ocupa en la medida en que se suprimieran sus funciones. Entonces surgirá la duda de cuál sería el grado de supresión de funciones que permitiría eliminar el órgano que las desempeña. Lógicamente, no



puede exigirse que la supresión sea total; el Servicio desempeñaba, por ejemplo, funciones de asesoramiento a las Corporaciones locales que quizá deba seguir prestando la Administración estatal y que, por añadidura, no pueden ser suprimidas por el Gobierno en base al artículo 2.º de la Ley de 1978, pues no se refiere a ellas.

Un índice de la medida de supresión de funciones necesaria para sustituir al órgano puede venir dado por el Real Decreto 1710/1979, de 16 de junio, dictado en uso directo de la deslegalización contenida en el artículo 2.º de la Ley de 7 de octubre de 1978. En este Decreto —según anunciaba correctamente el preámbulo del Real Decreto de 1 de diciembre de 1978, supresor del Servicio—, se dejaron sin efecto algunos procedimientos de fiscalización, intervención y tutela sobre Entidades locales por parte del Ministerio de Administración Territorial (que había recogido las competencias en la materia del Ministerio del Interior). Pues bien, como decía, lógicamente, la supresión de funciones operada en este Decreto de 1979 debe estimarse como nivel suficiente para eliminar el órgano que las desempeñaba. Consecuentemente, admitiendo la argumentación del Tribunal Supremo en el sentido de vincular la supresión del órgano a la previa supresión de funciones, podría concluirse que la supresión del Servicio llevada a cabo por el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 no fue eficaz hasta la supresión de funciones que realizó el Real Decreto de 16 de junio de 1979.

Hay más. En realidad, la supresión de las más importantes funciones que desempeñaba el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento fue producida por el efecto derogatorio de la Constitución. El alcance del efecto derogatorio del texto fundamental en la materia fue establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de febrero de 1981, fallo que siendo anterior a las sentencias del Tribunal Supremo comentadas no puede ser desconocido por éstas. Pues bien, el Tribunal Constitucional estimó que la Constitución había derogado las funciones de inspección y fiscalización sobre los Entes locales, que el artículo 354 de la Ley de Régimen local atribuía al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, por oponerse al principio de autonomía local (28). Si el Tribunal Supremo exigía, pues, para eliminar el Servicio la supresión de funciones, ésta se produjo desde la entrada en vigor del texto fundamental, verifi-

---

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (BOE del 24), ponente: Rafael Gómez-Ferrer, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la legislación preconstitucional sobre Administración local. En el texto me refiero al fundamento jurídico 12, apartado F), de la sentencia.

cada unos días más tarde de publicarse el Real Decreto supresor de 1 de diciembre de 1978 (*BOE* del día 11).

c) Como puede verse, aun admitiendo la línea argumental del Tribunal Supremo, ésta presenta resquicios de importancia. Personalmente, entiendo que el artículo 2.º de la Ley de 7 de octubre de 1978 prestaba cobertura suficiente para que el Gobierno hiciera desaparecer el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, en la medida, como ya dije, en que dicho precepto deslegalizaba la supresión de las más importantes funciones desempeñadas por ese Servicio. El completo poder de disposición sobre las funciones que se atribuyó al Gobierno conllevaba, en mi opinión, la disposición sobre los órganos que las desempeñaban.

Al Tribunal Constitucional, en la sentencia de 2 de febrero de 1981, que acabo de citar, la cuestión no le planteó ninguna duda. Cuando analizó la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 354 de la Ley de Régimen local, excluyó de su examen la misma existencia del Servicio:

«Debe hacerse notar que el citado Servicio ha sido suprimido por la disposición final 1.ª del Real Decreto 2856/1978, de 1 de diciembre, que, partiendo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de 7 de octubre de 1978, relativo a la supresión de procedimientos de fiscalización, intervención y tutela, fijó la estructura de la Dirección General de Administración Local.

No obstante lo anterior, procede examinar la constitucionalidad del mencionado precepto de la Ley de Régimen local, dado que en virtud de la aludida disposición, las funciones del Servicio fueron asumidas por la Dirección General de Administración Local y los Gobiernos Civiles».

## V. REGULACION GENERAL DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA

### 1. TITULARIDAD DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

a) Según cuanto he expuesto hasta ahora, cabe entender que tanto el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, como el artículo 2.º de la Ley de 7 de octubre de 1978, prestaban cobertura legal suficiente a la supresión del Servicio Nacional que realizó el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978. Ahora bien, aunque la disposición administrativa enlazara expresamente en su preámbulo sólo con esas normas de rango legal, es preciso preguntarse si la

supresión del Servicio únicamente era posible por virtud de tales normas.

Si se observa el contenido del Decreto-ley de 1976 y la Ley de 1978, no será difícil llegar a la conclusión de que estas normas, aun satisfaciendo las exigencias del principio de legalidad, no tienen un carácter estructural en nuestro Ordenamiento jurídico. Es decir, no constituyen normas básicas de la organización administrativa, sobre cuyas previsiones sea factible deducir consecuencias generales a propósito del carácter que la potestad organizatoria de la Administración pública presenta en el Derecho español. En todo caso, el complicado juego de argumentos que hasta ahora hemos utilizado para afirmar la adecuación jurídica del Decreto supresor del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, ese complicado juego de argumentos parece conducirnos a un entendimiento muy estricto de la potestad organizatoria de la Administración pública.

Si es así, la imagen de la potestad organizatoria en el ámbito estatal se nos presentaría en realidad deformada. Porque lo cierto es que en el Ordenamiento español el dominio de la estructura interna administrativa pertenece en buena medida a la propia Administración. Afirmación que debe realizarse, en mi opinión, no como consecuencia de un principio general deducido de la potestad de imperio de la Administración o del carácter no jurídico de la organización, sino con fundamento en términos de estricto Derecho positivo.

b) El principio de legalidad rige plenamente en materia organizativa y rige, además, entendido como vinculación positiva de la Administración; ésta sólo puede disponer de la organización administrativa en la medida en que cuente con una habilitación legal. Así se deduce, en la actualidad, del artículo 103, 2.º, de la Constitución, según el cual «los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley». No hay, a mi juicio, campo alguno para una supuesta potestad reglamentaria independiente —sin previa habilitación legal— ni tan siquiera en el ámbito organizativo, en contra de lo que suele afirmar la jurisprudencia, según vimos anteriormente (29). Lo que sucede, simplemente —y eso explica la proliferación de disposiciones administrativas de autoorga-

---

(29) *Vid.* nota núm. 13. Confirma lo dicho en el texto Fernando SAINZ MORENO: «Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes», en *REDA* núm. 20 (1979), página 128. Aun los mismos autores que admiten la posibilidad del reglamento independiente, reconocen la importante limitación que para su admisión en materia organizativa supone la reserva de ley establecida en el artículo 103, 2.º, de la Constitución; así, BASOLS: «Las diversas manifestaciones», *cit.*, págs. 121-122.

nización—, es que las leyes suelen ser muy generosas, habilitando a la Administración con amplias cláusulas de apoderamiento sobre las decisiones organizativas. De esas genéricas habilitaciones legales deriva la potestad organizatoria interna de la Administración del Estado; de la legalidad, que ha querido comportarse así, igual que podría haberlo hecho de otra manera; de las leyes y no de principios anteriores o al margen de las mismas.

c) En concreto, la legislación viene entregando a la propia Administración la potestad organizativa, con carácter general, para todo el ámbito de la estructura jerárquicamente inferior al rango ministerial. Es decir, por debajo del Departamento ministerial, toda la potestad de organización administrativa se entrega al dominio de la misma Administración del Estado.

En la actualidad, esa regla se contiene en la Ley 10/1983, de 16 de agosto, de organización de la Administración Central del Estado. En efecto, según el artículo 12, «la creación, modificación, refundición o supresión de las Secretarías de Estado, Subsecretarías, Secretarías Generales con rango de Subsecretarías, Direcciones Generales y Subdirecciones Generales y órganos asimilados, se realizará a iniciativa del Departamento o Departamentos interesados y a propuesta del Ministerio de la Presidencia, mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros». Y, por otra parte, la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de dicha Ley modifica el artículo 2.<sup>o</sup> de la Ley de Procedimiento Administrativo, de forma que «la creación, modificación, refundición o suspensión de Servicios, Secciones, Negociados y niveles asimilados se realizará por Orden del titular del Departamento respectivo, previa aprobación de la Presidencia del Gobierno, de acuerdo con lo preceptuado en el número 2.<sup>o</sup> del artículo 130 de esta Ley, siempre que globalmente para cada Departamento no suponga incremento del gasto público» (30).

La Ley 10/1983 no ha modificado totalmente, en estos aspectos, los criterios generales que anteriormente existían; es decir, bajo la legalidad anterior, la potestad organizativa interna que no afectara al rango ministerial también se desempeñaba por la propia Adminis-

---

(30) En el texto se margina toda referencia al necesario respeto de los dictados constitucionales en materia organizativa, que se da por supuesto. Así hay órganos constitucionalmente necesarios, sobre los que ni siquiera la ley puede disponer, como el Consejo de Ministros o la existencia de Ministerios (no de los concretos Departamentos que hubiere al entrar en vigor la Constitución). Incluso la regulación de determinados órganos administrativos se reserva en ocasiones a la ley, como es el caso del Consejo de Estado o del Consejo del artículo 131 (*vid. ampliamente MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Reserva y autorreserva», cit., págs. 191 y sigs.*).

tración, aun cuando en algún supuesto variara el órgano competente para ejercer tal potestad. Así, «la creación, modificación y supresión de los órganos de la Administración del Estado superiores a Secciones o Negociados», pero inferiores al Ministerio, era competencia del Consejo de Ministros, conforme al artículo 2.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, en su redacción originaria de 1958, y de acuerdo con el artículo 3.º de la Ley de Régimen jurídico de 1957. La potestad sobre los órganos inferiores a Sección o Negociado correspondía a cada uno de los Ministros, entendiéndose en tal sentido la atribución de «ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento», de que les investía el artículo 14, 3.º, de la Ley de Régimen jurídico.

Pero si, con carácter general, la potestad organizativa por debajo del grado ministerial se atribuye siempre a la Administración pública en las normas generales, también debe decirse que existe una fuerte tendencia a ampliar esa potestad administrativa, incluyendo en la misma la disposición sobre los Departamentos ministeriales. No deja de ser curioso, por ejemplo, que la Ley de Régimen jurídico de 1957, si bien reservaba a la Ley «la creación, supresión o reforma sustancial» de los Ministerios, e incluso la variación en la denominación y competencia de los mismos (art. 3.º), paralelamente facultaba al Gobierno «para la creación, modificación, traspaso de un Ministerio a otro, fusión y supresión... de cuantas dependencias y organismos merezcan ser reorganizados» (disposición final 1.ª) (31). Piénsese también en todo el intenso proceso de reforma administrativa que se inicia en la época de la transición política..., previa la deslegalización operada en el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, que permitía suprimir, refundir y reestructurar Departamentos ministeriales (32).

---

(31) Algún autor estimó que la disposición final 1.ª de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 vino, en realidad, a rebajar el rango establecido en el artículo 3.º de la propia Ley, al menos de cara a la «reforma sustancial» de los Departamentos ministeriales; *vid.* Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «El aspecto orgánico de la reforma administrativa: evolución y perspectivas», en *RAP* núm. 48 (1965), pág. 325; ALVAREZ RICO: «El control de la potestad organizatoria de la Administración», *cit.*, págs. 98-99, se planteaba la duda de si la disposición final 1.ª de la Ley de Régimen jurídico contenía una degradación normativa permanente —en cuyo caso el artículo 3.º de la Ley quedaría sin sentido en gran medida— o más bien una delegación sujeta a un plazo no expreso.

(32) Margino ahora el problema de si ese precepto permitía crear nuevos Ministerios. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Reserva y autorreserva», *cit.*, pág. 231, y SALAS: *Los Decretos-leyes en la Constitución, op. cit.*, pág. 68, entienden que no comprendía tal potestad. Sobre las reformas administrativas iniciadas con el artículo 26 del Decreto-ley de 1976, *vid.* también Luis MARTÍN REBOLLO: «Ante la reforma administrativa: los Minis-

## 2. LA COBERTURA DEL DECRETO SUPRESOR DEL SERVICIO EN LA LEGISLACIÓN GENERAL

En definitiva, nos encontramos con que la potestad organizatoria de la Administración del Estado, por voluntad de las leyes, tiene unos caracteres generales de gran amplitud, al menos de cara a los órganos jerárquicamente inferiores al Ministerio (33).

Ciertamente, no cabe excluir que esas previsiones generales queden sin efecto en casos concretos, como consecuencia de la regulación de un órgano en una norma con rango de ley posterior a la que establece la potestad administrativa de organización. Tal pudiera haber sido el supuesto del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento. Sólo que no lo fue.

En efecto, el Servicio fue creado y regulado en la Ley de Régimen local de 1955. Por efecto de su inclusión en una norma con rango legal, la supresión del Servicio debía operarse con otro texto de igual jerarquía; juego normal del principio de legalidad. Pero hasta 1958 solamente, fecha en que la Ley de Procedimiento Administrativo, como ya nos consta, puso en manos del Gobierno, sin excepciones, la potestad de suprimir órganos de la Administración del Estado superiores a Secciones y Negociados e inferiores a Ministerios (art. 2.º). Como la Ley de Procedimiento Administrativo estaba vigente cuando el Real Decreto de 1 de diciembre de 1978 suprimió el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, habrá de concluirse que tal supresión tenía cobertura en dicha Ley, al margen ya de que la tuviera o no en el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 y en la Ley de 7 de octubre de 1978.

La disponibilidad sobre el Servicio Nacional por parte de la Administración queda asimismo confirmada en el artículo 85 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, donde se establece que los Servicios administrativos sin personalidad jurídica (tipo en el que cabe encajar el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento

---

tros y otros miembros del Gobierno», en *RAP* núm. 89 (1979), en especial págs. 84 y siguientes.

(33) Sobre la vinculación de la potestad organizatoria del Ejecutivo desde los inicios del régimen constitucional pueden encontrarse datos en E. RIVERO YSERN: «Potestad organizatoria y actividad organizativa», *cit.*, págs. 10 y sigs.; en pág. 22 se comprueba que la organización anterior a la Ley de Régimen jurídico también partía del Ejecutivo; y en pág. 31 se observará la tendencia a considerar incontrolable el ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración bajo el expediente de considerarla una potestad discrecional y, por tanto, excluida del recurso contencioso-administrativo en la regulación anterior a la Ley Jurisdiccional de 1956...

to) «podrán ser constituidos y organizados mediante disposiciones administrativas»; como nada se dice sobre la supresión, habrá que entender aplicable el principio de acto contrario o de paralelismo de formas.

## VI. REFLEXION FINAL

El caso de la supresión del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales nos ha servido de guía para analizar importantes cuestiones que suscita la potestad organizatoria de la Administración del Estado. Por diversas vías se reafirma la impresión inicial sobre la existencia de amplias cláusulas normativas que habilitan a la propia Administración para disponer sobre su estructuración interna. Obsérvese que el caso analizado presentaba una inicial y peculiar complejidad, dada la previsión y regulación del órgano administrativo en una norma con rango de ley. A pesar de ello, parece adecuada a Derecho la supresión del órgano operada con un Decreto: bien por la existencia de una deslegalización, bien por el necesario complemento organizativo que conlleva la potestad para disponer sobre unas funciones administrativas, bien por la general atribución de la potestad organizatoria a la propia Administración.

Especialmente cabe destacar el último fundamento, dado el olvido total que del mismo se produjo en las sentencias estudiadas. El Tribunal Supremo se limitó a contrastar los argumentos utilizados por la Administración para emanar el Decreto supresor, llegando a unas conclusiones jurídicamente razonadas, aunque discutibles. No recibe, por mi parte, tal actitud otra crítica que la ya expresada en las páginas anteriores al discrepar de los razonamientos jurisprudenciales. Mucho más grave me parece la omisión de toda referencia al posible fundamento del Decreto supresor en las regulaciones generales de la potestad organizatoria. La especialización que, en la actualidad, justifica la misma existencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa, debe traducirse, según antes dije, en un examen completo de las actuaciones administrativas sometidas a su conocimiento, tomando como marco de referencia el Ordenamiento jurídico y no sólo los concretos aspectos del mismo utilizados por las partes en el proceso. El Tribunal Supremo debía estudiar los fundamentos expresados por la Administración, pero caso de desecharlos, como ocurrió, creo que debía haber seguido razonando con los res-

tantes elementos del Ordenamiento jurídico; quizá para desecharlos también, pero con mención expresa de los mismos.

De alguna manera, se tiene la impresión —casi diría la certeza— de que los modos de actuar improvisados y contingentes... no son exclusivos de la Administración.

Administración que, ciertamente, utiliza con excesiva frecuencia las amplias cláusulas de apoderamiento de su propia estructura. El proceso de reorganización que hemos vivido estos últimos años ha sido tan complejo y contradictorio como el de cualquier otra reforma administrativa, sin pautas claras, con objetivos desproporcionados y cambiantes. Supresiones, reestructuraciones, aparición de nuevos órganos, faltando conciencia clara de lo que se busca y de lo que se obtiene. Demasiada espectacularidad en las soluciones ofrecidas (34). En relación con el caso concreto del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales, queda la duda de si, al margen de la potestad para suprimirlo, era deseable la supresión. No voy a analizar ahora esa cuestión. Simplemente me limitaré a citar una norma que, años después de suprimido el Servicio y partiendo de esa supresión, no parece desconfiar tan radicalmente de todas las funciones que le correspondían. Se trata de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982, precepto que, por cierto, serviría para apoyar, una vez más, la corrección jurídica de la supresión del Servicio, aunque no la oportunidad o conveniencia de la misma:

«El Tribunal de Cuentas podrá delegar en los órganos que han asumido las funciones del suprimido Servicio Nacional de Asesoramiento e Inspección de las Corporaciones Locales, la revisión contable de aquéllas y la instrucción de los procedimientos de reintegro por alcance y de cancelación de fianzas» (35).

---

(34) Para una crítica de los modelos habituales de reforma administrativa *vid.* Sebastián MARTÍN-RETORTILLO: *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983, quien plantea sugerentemente la reforma de la Administración pero «sin levantar la bandera de la reforma administrativa», como la apertura de «un proceso para el cambio de la Administración española», «una meta a la que sólo es posible llegar a través de un largo período de incidencia y modificación de los esquemas y modos de actuar vigentes» (pág. 19).

(35) La anterior Ley del Tribunal de Cuentas de 1953 dejaba a salvo las competencias contables del Servicio Nacional en su disposición final 4.<sup>a</sup>