

**EL PROBLEMA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD
DE LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS**

Dr. D. Manuel J. Sarmiento Acosta

*Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo
de la ULPGC. Magistrado Suplente del TSJC*

SUMARIO:	<ol style="list-style-type: none">I. IMPORTANCIA DEL TEMA.II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO POTESTAD JURÍDICA: EL ARTÍCULO 106.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.III. MEDIOS Y TÉCNICAS PARA EL CONTROL DE LAS ILEGALIDADES REGLAMENTARIAS.IV. CONTROL DE LOS ELEMENTOS FORMALES DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO; EN ESPECIAL, EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y EL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO.V. CONTROL DE LOS ELEMENTOS MATERIALES. EL PAPEL DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES Y DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.
-----------------	--

Abreviaturas utilizadas

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE.....	Constitución española de 1978.
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado.
LOFAGE	Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOU	Ley Orgánica de Universidades.
LPA.....	Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.
LRBRL.....	Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.
LRJAP y PAC.....	Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
RAP.....	Revista de Administración Pública.
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

I. IMPORTANCIA DEL TEMA

Dentro de la trascendente cuestión de la fiscalización de la discrecionalidad administrativa en el seno de un Estado de Derecho, tiene un especial interés el control que se puede aplicar al ejercicio de la potestad reglamentaria, que no sólo es esencialmente discrecional, sino, además, muy potente e innovadora, pues permite intervenir e incidir en la esfera jurídica de los particulares e innovar el Ordenamiento

jurídico-administrativo, toda vez que es una auténtica fuente del Derecho, de particular relieve en el ámbito del Derecho Administrativo.

Hay razones que avalan lo que se afirma. En primer lugar, *una razón constitucional*: los artículos 97 y 106, CE, establecen la potestad reglamentaria del Gobierno, así como su control por los Tribunales de Justicia, respectivamente. Lo que significa que se debe posibilitar al Poder Judicial, y, en particular, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, un cauce eficaz y operativo para que se pueda desarrollar este control, conforme a medios y técnicas jurídicas, que reconduzcan el ejercicio de esta potestad a lo previsto en los artículos 9.3 y 24 de la Constitución Española, que definen unos presupuestos normativos muy concretos en orden al control de todos los poderes públicos. En segundo término, *por razones prácticas*, puesto que es sabido que un número muy importante de normas –desde luego muchísimas más que las que se encuentran formalizadas en las Leyes–¹, que condicionan la vida y la hacienda de los particulares, tienen rango reglamentario². Lo que revela que el reglamento administrativo permite normar en detalle una pluralidad de cuestiones de primer orden para la Sociedad, y que, por ello, constituye un potente instrumento que puede originar tanto beneficios como perjuicios muy relevantes para el desenvolvimiento político, económico, social y cultural de los ciudadanos³. Y, en tercer lugar, *por razones lógicas y teleológicas*: no puede admitirse que un instrumento tan poderoso⁴ pueda utilizarse

-
- 1 A ello se ha referido J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1988, p. 687), que afirma que, en el conjunto del sistema normativo, “la Constitución y las normas con rango de ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de reglamentos (...). Es imposible calcular con exactitud: pero la hipótesis de que el 98% de la montaña de textos que integran el sistema normativo sean reglamentos no se alejará, muy probablemente, de la realidad”.
 - 2 J. A. SANTAMARÍA PASTOR destaca (*Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob cit., pp. 687 y 688) la importancia cualitativa –y no sólo cuantitativa– de los Reglamentos administrativos, pues tienen “una eficacia y incisividad mucho más directas e intensas que los que llenan múltiples leyes formales”. De ahí la trascendencia práctica y real de los Reglamentos, que son mucho más operativos que las declaraciones abstractas, y, en muchos casos, meramente retóricas y declamatorias, de las Leyes; productos solemnes y presentables en Sociedad –es decir, para producir efectos en los medios de comunicación de masas–, que difieren de los aparentemente más modestos, pero más incisivos y eficaces, que son los Reglamentos. El reto para un Estado de Derecho consiste en que el paso de la solemne, amable y presentable declaración legal al mandato concreto, prosaico, y, en ocasiones, no tan presentable, del reglamento sea controlado, tanto desde el punto de vista formal como material. En ese puente o tránsito es donde se juega el ser o no ser de un Estado de Derecho medianamente serio y operativo. Por eso es famosa –y cínica–, la afirmación que se atribuye al CONDE DE ROMANONES: “Señorías, hagan ustedes las leyes y déjenme a mí los Reglamentos”, porque encierra una verdad difícilmente cuestionable en el actuar diario de las Administraciones Públicas, pero que, por otra parte, y como observó S. MARTÍN RETORTILLO, es una afirmación que supone “el más absoluto desprecio de lo que el Estado de Derecho representa” (Cfr. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Pamplona, 1.ª ed. 2007, p.170).
 - 3 Piénsese en los Reglamentos que repercuten en la economía, o en los procesos de selección de personal, etc., etc.
 - 4 S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., pp. 170 y ss, habla del “imparable crecimiento de las normas reglamentarias”, que representan un inequívoco “fortalecimiento del Gobierno en el marco del propio esquema constitucional” (p. 171).

en el ámbito de una regulación vaga, opaca e imprecisa, ni que los fines que persigue el Estado de Derecho al atribuir esta relevante potestad a la Administración queden burlados por un entendimiento incorrecto del control que se debe aplicar a los Reglamentos, como por desgracia se ha observado en nuestra historia administrativa, incluso después de aprobarse la Constitución de 1978.

Hay que decirlo sin circunloquios: *el control sobre los reglamentos administrativos ha sido insuficiente, mal definido, y mal aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta fechas relativamente recientes*⁵. Anidan en muchas SSTS resabios de un entendimiento técnicamente incorrecto de lo que es el ejercicio de la potestad reglamentaria en un Estado social y democrático de Derecho, al concebir una potestad jurídica, y no política⁶, a través de la cual –eso sí– se manifiestan opciones políticas del Gobierno y la Administración Pública, como una potestad política que lleva en su vientre una capacidad incontrolable por los Tribunales. Se confunde aquí la parte con el todo, o no se separa acertadamente lo que es político, y, por ende, incontrolable desde la perspectiva jurídica, de lo que es jurídico, y, por tanto, plenamente fiscalizable a través de las técnicas o medios que el Derecho ofrece. Al confundirse el planteamiento, se impide, pues, el efectivo control jurisdiccional. Así, es obvio que la evolución histórica de los reglamentos administrativos hasta la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956⁷, que se caracteriza por no facilitar el control jurídico de los reglamentos⁸, ha actuado de forma clara en contra de un entendimiento estricta-

5 Puede consultarse el libro de D. BLANQUER, *El control de los Reglamentos arbitrarios*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1998, p. 178. Este autor afirma: “Ocurre que en la realidad práctica y a diferencia de lo que sucede en la jurisprudencia norteamericana, nuestro Tribunal Supremo no controla la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria (no sólo no controla la racionalidad del contenido de la norma, sino que tampoco vela por la observancia de aquellos trámites del procedimiento legalmente establecido para su aprobación que tienen por finalidad garantizar la racionalidad de la norma)”.

Véanse, asimismo, los trabajos de M.ª J. ALONSO MAS, “La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, 2002, pp. 241-259, y J. PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp 124 y ss.

6 Así, por ejemplo, la STS de 6 de noviembre de 1984, declaró que el ejercicio de la potestad reglamentaria es un acto político del Gobierno.

Sobre el carácter jurídico de la potestad reglamentaria, véase, D. BLANQUER, *El control de los Reglamentos arbitrarios*, cit., p. 62.

7 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”, y, del mismo autor, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, ambos incluidos en el volumen recopilatorio, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed. 1981, pp.235-267, y 187-233, respectivamente.

8 Antes de esta importante Ley de 1956 sólo se aceptaba un recurso directo contra Reglamentos y Ordenanzas de los entes locales, si bien como una carga que condicionaba luego la posible interposición del recurso indirecto, esto es, el recurso contra los actos administrativos singulares en aplicación de ese Reglamento local (Véase sobre el tema, A. EMBID IRUJO, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, pp. 408 y ss.).

Bien es verdad que, no obstante, ya el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 articulaba el control indirecto de la legalidad de los reglamentos, que no el directo.

mente técnico de esta materia, y es lo que ha servido de base para reducir la normativa sobre el procedimiento de elaboración y aprobación de reglamentos administrativos, que se ha limitado a extremos muy generales, y ha coadyuvado a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya sido tan tolerante con la Administración como irrespetuosa con las normas aplicables. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el libro *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*⁹, situó el problema en su justo sentido:

“Pese al rigor que la Ley impone a la Administración en este punto, es un hecho constatado hasta la saciedad la tendencia invariable del aparato administrativo a prescindir sistemáticamente de los escasos trámites y requisitos con que aquélla pretende condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria: los artículos 129 a 132 son, en su inmensa mayoría, pertinazmente infringidos. Una circunstancia ésta que puso en graves apuros a la jurisdicción contencioso-administrativa desde los primeros momentos subsiguientes a la entrada en vigor de la Ley de 1958: recién implantado el recurso directo contra reglamentos (una técnica de control sin precedentes en nuestra historia, y referida a una de las manifestaciones más puras y enérgicas del poder político), el comportamiento de la Administración situó a los Tribunales ante la alternativa de dictar Sentencias anulatorias en masa, invalidando una parte no despreciable de la producción reglamentaria, o pasar por alto la omisión sistemática de trámites que, caso de tratarse de actos administrativos, hubieran llevado irremisiblemente a su anulación.

Por razones que siempre ignoraremos, pero que posiblemente tengan que ver con el entorno político de la época, lo cierto es que los órganos de la jurisdicción optaron abiertamente por la segunda de las vías antes enunciadas, reduciendo a niveles mínimos la ya de por sí escasa eficacia vinculante de los preceptos a que nos referimos. La asunción decidida de esta directriz interpretativa –que se ha mantenido sin apenas rectificaciones hasta nuestros días– ha forzado a la jurisprudencia a utilizar lo que en política suele denominarse un doble lenguaje: de una parte, y en el nivel de los principios generales, se vio obligada, como no podía ser menos, a afirmar enfáticamente el carácter obligatorio de las normas reguladoras de este procedimiento, que “se impone como mandato imperativo jurídicamente insoslayable, y sus preceptos particulares no se entenderán como meras orientaciones para la actuación administrativa de orden interno, sino como normas de obligado cumplimiento”: así se expresaba la STS de 26 de diciembre de 1961, Ar. 4387, primera de una serie que reproduce con pequeñas variantes estas frases (...). De otra parte, sin embargo, el criterio interpretativo asumido obligada a montar argumentaciones artificiosas, cada vez que los recurrentes demostraban la omisión de un trámite de los previstos en la Ley (...) para excusar su incumplimiento y desestimar el motivo impugnatorio”.

Todo ello arroja, pues, un resultado paradójico, y, en gran medida, abiertamente ilógico: mientras que para dictar un mero acto o acuerdo administrativo es preciso observar un conjunto de requisitos, para dictar una norma, como es un reglamento, que tiene mucha más entidad, y repercute más y durante más tiempo en los ciudada-

Este precepto decía: “No podrán los jueces, magistrados y Tribunales: 1.º Aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquiera clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes”; en coherencia con lo que disponía el artículo 92 de la Constitución de 1869: “Los Tribunales no aplicarán los Reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes”.

9 Dir por él mismo y por L. PAREJO, Ed Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1989, pp.82 y ss.

nos, los requisitos y garantías sencillamente no se respetan¹⁰. Es obvio que esta forma de concebir el ejercicio de la potestad reglamentaria es contraria a la Constitución, pues lo que carece de sentido es que para lo menos –el acto administrativo– se establezca un elenco de garantías, toda ellas muy estimables y necesarias, y para lo más –un reglamento–, que es, además, una fuente del Derecho, se omitan las más primarias garantías, y se regule de forma asistemática e insuficiente su elaboración y aprobación¹¹. Aquí como en otros extremos la historia repercute de forma negativa, y demuestra que no siempre la tradición¹² es la vía para responder con lógica y eficacia a la realidad del problema, *pues la costumbre que ha sido sancionada por el mismo Tribunal Supremo es sencillamente inaceptable desde el punto de vista de los valores, principios y derechos constitucionales, si bien es verdad que el propio Alto Tribunal ha hecho serias rectificaciones*¹³.

II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO POTESTAD JURÍDICA: EL ARTÍCULO 106.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El reglamento administrativo es una disposición normativa de carácter general, con rango inferior a la Ley, pero que es auténtico Derecho, y forma parte relevante del Ordenamiento jurídico-administrativo¹⁴. En el reglamento, entonces, se formalizan

10 Vid, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1992, pp. 74 y ss, que recuerda cómo se sentó la doctrina tradicional en virtud de la que se sancionó la imposibilidad de alegar, con carácter general, vicios del procedimiento de elaboración de reglamentos, cuando éstos son impugnados por vía indirecta, y de cómo se minusvaloró el dictamen del Consejo de Estado (pp. 78 y ss.).

11 Esto recuerda la perspicaz observación de ANACARSIS, según la cual *“la leyes y las telas de araña se parecen mucho”*. *“En su trama quedan atrapadas las moscas y otros insectos insignificantes; pero una alimaña rompe con facilidad sus redes”*.

12 Como escribe, desde una amplia perspectiva, J. A. MARINA, en el libro, *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*, Anagrama, Barcelona, p. 162: *“Sobre el poder legitimador de la costumbre no voy a decir nada, porque la tradición puede ser la vejez del error, y no hay disparate que no haya sido legitimado por una costumbre”*. Es decir, si la jurisprudencia tiene la costumbre de ser excesivamente comprensiva y generosa con los errores y defectos de la Administración, cuando ésta ejerce su potestad reglamentaria, ello no significa que deba aceptarse como un mal inevitable. Debe rechazarse con estrictos argumentos jurídico-constitucionales, como en este estudio se sostiene. El sometimiento de la Administración pública a la ley y al Derecho (arts. 103.1 y 106, CE) no admite excepciones, aunque éstas tengan carácter procedimental, ya que el procedimiento tiene un papel fundamental para garantizar no sólo la calidad final del producto normativo, sino para proteger derechos e intereses legítimos de los particulares. Se trata, pues, de un caso claro en el cual la tradición sirve para fundamentar un disparate: el incumplimiento de la ley.

13 Véase, para el concreto caso del dictamen del Consejo de Estado, E. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, cit., pp. 86 y ss. Hay, incluso, SSTs realmente estimables, como la STS de 17 de diciembre de 1982, que extendió la exigencia de dictamen del Consejo de Estado a todos los reglamentos, sobre la premisa de que todos *“de un modo u otro son ejecutivos, en el sentido de desarrollar o aplicar las leyes, solas o en su sistema”*.

14 Como es natural, cualquier Manual o Tratado tiene un concepto de reglamento administrativo, véase, sólo a título de ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed. 2009, pp.230 y ss, y L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo Tomo I*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 21ª ed. 2010., pp. 109 y ss.

una serie de mandatos que deben ser observados y cumplidos por los particulares y por la misma Administración Pública –principio de inderogabilidad singular de los reglamentos–¹⁵. Sabido es, también, que existen serios fundamentos históricos y lógicos para que la Administración Pública desarrolle esta potestad¹⁶, ya que hay determinadas materias que no sólo necesitan ser desarrolladas o complementadas por los reglamentos, sino que éste tiene capacidad suficiente para establecer normas sin que sea preciso una previa y específica Ley que lo habilite para ello¹⁷. La potestad reglamentaria es, pues, un poder directamente atribuido por el Ordenamiento jurídico a la Administración –bien por la Constitución, arts. 97, 153,c) y 161.2, bien por una Ley¹⁸–, para que pueda crear auténtico Derecho, esto es, para poder aprobar normas jurídicas de obligado cumplimiento para todos¹⁹. Es, como refieren GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la potestad, quizá, “*más intensa y grave*”, pues implica participar en la formación del ordenamiento²⁰.

Ahora bien, la potestad reglamentaria es una potestad administrativa²¹ y, por tanto, estrictamente jurídica²². Como destacó Sebastián MARTÍN RETORTILLO, el regla-

15 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos”, en el libro recopilatorio, ya citado, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, pp.271 y ss.

16 R. ENTRENA CUESTA habla de forma esquemática y explicativa de un “fundamento histórico”, “lógico” y “jurídico”, que permiten el desarrollo de esta potestad. Véase, *Curso de Derecho Administrativo Vol I/1. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*, Tecnos, Madrid, 10ª ed. 1993, pp. 113 y 114.

Por su parte, la STS de 28 de octubre de 1985, que resolvió un recurso contra el Real Decreto de 25 de junio de 1982, que aprobó algunas normas sobre la protección contra incendios de los edificios, resaltó la importancia del reglamento administrativo por razones técnicas (“*necesidad –afirmó–, que se acrecienta cuando, como con este Real Decreto sucede, se trata de una auténtica “regla técnica”, alejada de los conocimientos de la mayoría de los componentes de las Cámaras legislativas ...*”).

17 En este sentido, entre otros, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo Vol I/1...*, ob cit., p.114.

18 Así, por ejemplo, artículo 4.1,a) LRBRL.

19 Es obvio que la titularidad de la potestad reglamentaria debe estar atribuida por el Ordenamiento jurídico. No obstante, éste la atribuye de distinta manera y con normas de distinto rango (Cfr. arts. 97, CE, 4.1, b) y 23.3. 2.º de la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997; 153,c), CE, 4.1 a) LRBRL, etc). Vid. S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., pp. 173-179. Es más, la STC 135/ 1992, de 5 de octubre, en relación con el importante artículo 97 de la Constitución, declaró que la “*habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 CE no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España*”.

20 *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid 9.ª ed.1999, p. 174.

21 En este sentido, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pp. 161-204. También incluido en el volumen recopilatorio, preparado por A. NIETO GARCÍA, *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, por el que se cita, p.944.

22 Una potestad administrativa discrecional, en concreto (Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, 1988, p. 67), si bien, como destaca este autor, el ámbito e intensidad de la discrecionalidad está en función del tipo o clase de reglamento. Donde existe el mayor grado de discrecionalidad es en el

mento, “en cuanto resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración, está sometido naturalmente con carácter general al régimen jurídico establecido para el ejercicio de las potestades administrativas”²³. Es el Ordenamiento el que la atribuye, y señala (más bien, permite)²⁴ las materias sobre las cuales recae o puede recaer, cuál es el procedimiento para su desarrollo, y cuáles son sus límites²⁵. No hay, pues, una atribución en blanco que pueda rellenar el Gobierno y la Administración de cualquier forma y con cualquier fondo²⁶. En primer lugar, porque el reglamento es, como es sabido, de rango inferior a la Ley, y no participa de la mística de la soberanía del Legislador²⁷, y, ligado con lo anterior, y, en segundo término,

ámbito de los reglamentos independientes (p. 68), es decir, aquellos dictados en materias que no están ni reservadas ni reguladas (p. 69). Por el contrario, en los denominados reglamentos ejecutivos, el grado de discrecionalidad es mucho menor (p. 71).

23 *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., p. 168.

24 Toda vez que, en el Ordenamiento español, no existe reserva reglamentaria, como es conocido (Cfr., por ejemplo, J. DE LA CRUZ FERRER, cit., p.69).

25 Vid. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, “La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución”, cit., p. 946. “la Administración sólo puede ejecutar las potestades que le hayan sido efectivamente concedidas por la Constitución o por la ley”. En la misma dirección, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 9.ª ed. cit., p. 435: “La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”.

26 Como dicen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo I*, ob cit., p. 177), se trata de hacer de la potestad reglamentaria “un poder jurídico y no una superioridad incondicionada y tiránica, esto es, un poder que se ordene exclusivamente a la función positiva que lo justifica, que se inserte en el sistema general del ordenamiento, con sus otras fuentes alternativas y sus razones propias, y que, por tanto, respete los derechos y las situaciones jurídicas de los demás sujetos, eliminando en lo posible los graves riesgos que la acechan”.

27 Mística, por lo demás, hoy en día bastante reducida, pues el legislador también tiene estrictos límites derivados de la propia Constitución.

Sobre el mito de la Ley, vid., por ejemplo, D. BLANQUER, *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo “Taking facts seriously”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 161 y ss, que con apoyo en la tesis de León DUGUIT (*Las transformaciones del Estado*), entiende que es una idea metafísica o un puro mito jurídico la soberanía popular, la voluntad general, la representación política del Parlamento o la voluntad de la Ley. Autores nacionales, y más recientes, en un diálogo distendido, fuera de los cánones académicos acostumbrados, opinan lo mismo. A. NIETO y T. R. FERNÁNDEZ, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed. 1998, pp. 64, 65, 77 y 78. “La ley ha sido siempre –y más vale asumirla tal como es– expresión de la voluntad del Poder, de las clases eminentes: con democracia y sin ella. Pero la ley no dice la última palabra, que es indefectiblemente una voz individual, sea del juez o de los ciudadanos, que también pueden llamarse en este contexto operadores jurídicos” (p. 64). “Las leyes sirven, por lo pronto, para racionalizar la imposición de intereses de las clases eminentes” (p. 65) (A. NIETO).

“No es cierto en absoluto que la ley sea expresión de la voluntad general, como ya hemos dicho, ni tampoco puede decirse que lo sea de la voluntad popular, afirmación más modesta que aquella, ciertamente, pero también inexacta y carente de respaldo en la realidad. La ley es sólo la expresión de la voluntad de la mayoría gobernante, lo que equivale a decir de unas pocas, muy pocas, personas con nombres y apellidos, que sólo se encuentran con el pueblo (y aun en esto habría que hacer descuentos) una vez cada cuatro años. Se trata, pues, de una voluntad voluble y tornadiza (...)” (pp. 77 y 78) (T. R. FERNÁNDEZ).

la norma reglamentaria es perfectamente controlable por el Poder Judicial²⁸, como se encarga de precisar el artículo 106.1 de la Constitución española de 1978, según el cual: “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*”²⁹. Prima facie, esto significa que el Poder Judicial y, en particular, la jurisdicción contencioso-administrativa, puede y debe fiscalizar la existencia y alcance de la potestad reglamentaria, las materias sobre las que ésta recae, y la intensidad, alcance y ámbito que el Ordenamiento permite sobre las mismas, toda vez que no existe una reserva de materias para el Reglamento, y, por consiguiente, en nuestro ordenamiento la Ley puede regularlo todo incluso en detalle (STC 35/1982, de 14 de junio)³⁰, lo que comporta que el papel del Reglamento es siempre subordinado e, incluso, residual³¹. Debe controlar, asimismo, el procedimiento y los fines que persigue el reglamento³², puesto que, el sometimiento a la ley y al Derecho que se establece en el artículo 103.1 de la Carta Magna, supone que el Derecho es mucho más que las normas escritas, y que

28 Así, el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que “*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”; algo coherente, por otro lado, con lo que disponen el artículo 25.1 de la misma Ley, y los artículos 9.4 y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que atribuyen al orden contencioso-administrativo el conocimiento de los recursos contra los reglamentos.

Ya la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, recogía esta posibilidad, si bien con severas limitaciones en cuanto a la legitimación activa para la impugnación directa de reglamentos, que la Constitución “canceló”, como decía S. MARTÍN RETORTILLO (*Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., p. 203).

Con independencia de lo dicho, y, al igual que acontecía con la vieja Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en su artículo 6 la fórmula de la “inaplicación” del reglamento administrativo supuestamente ilegal. Dice así: “*Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*”. No obstante, en la práctica esta posibilidad es muy poco utilizada, por no decir que no es usada. (En este sentido, S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., p. 202: “*que sepamos –decía este autor–, nunca ha tenido aplicación práctica alguna. La inaplicación de los Reglamentos ilegales por Jueces y Tribunales, también, por la Administración, no obstante la lógica en la que se apoya, no se ha dado prácticamente nunca (...)*”).

29 Cuyo antecedente inmediato fue el artículo 101 de la Constitución de la II República de 1931, que rezaba: “*La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder*”, que es cuando, según afirmó F. GARRIDO FALLA, entró la constitucionalización del control de la potestad reglamentaria en nuestro Derecho constitucional (Véase, “Comentarios al artículo 106.1”, en el volumen colectivo, dir por este mismo profesor, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2.ª ed ampliada, 1985, p. 1459).

30 Vid. J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 119.

31 Lo que no es obstáculo para el reconocimiento de su importancia, como ya hemos comprobado. Lo que se quiere decir es que una materia que hasta un momento concreto era regulada por reglamento puede ser regulada, si el legislador lo considera oportuno, por una Ley. Ello supone que no sólo el reglamento está subordinado a la Ley formal, sino que ésta puede absorber, pura y llanamente, la materia reglamentaria, si así se considera conveniente en un momento determinado.

32 Cfr. S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, ob cit., p. 190.

comprende los principios generales del Derecho³³. Por tanto, la fiscalización no puede quedarse en aspectos formales –con ser éstos cruciales–, o en principios como el de jerarquía normativa o el de inderogabilidad singular de los reglamentos (arts.9. 3, CE, y 51. 1 y 52.2, LRJAP y PAC, y 23.2 de la Ley del Gobierno), sino que debe entrar en el fondo del reglamento, y verificar si éste respeta o no principios generales que impregnan todo el Ordenamiento jurídico, como el de congruencia, la adecuación de la norma reglamentaria a los fines que la justifican, el control de la causa y el principio de proporcionalidad³⁴, etc. Con ello no se quiere eliminar la inherente discrecionalidad de la potestad reglamentaria, sino reconducirla a los límites o ámbitos que son lícitos en un Estado de Derecho, en el cual lo prevalente es el sometimiento de todos los poderes públicos y de los ciudadanos al Ordenamiento jurídico (art. 9.1, CE)³⁵.

El artículo 106.1 –interpretado de forma conjunta y sistemática con los artículos 9.1 y 3, y 103.1–, exige un control formal y sustancial del ejercicio de la potestad re-

33 En este sentido, y, entre otros, S. MARTÍN RETORTILLO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 189.

34 Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria”, en el volumen recopilatorio, ya citado, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, pp. 227 y ss. Este autor dice: “Bajo el concepto de arbitrariedad reglamentaria se comprenden por de pronto todos los supuestos que el Tribunal Supremo acaba de alumbra: Reglamentos que partan de una apreciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determinen, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de las instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios, que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarda proporción o congruencia con las finalidades positivas perseguidas, que supongan una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria.

Pero se comprende que el principio de la interdicción de la arbitrariedad reglamentaria no queda agotado en esas particulares formulaciones ya concretadas por la jurisprudencia. La fecundidad del principio, que es uno de los rasgos fundamentales de todo auténtico principio general, como ya observamos, encierra virtualidades y potencialidades que no dudamos que el Tribunal Supremo seguirá obteniendo y proclamando. Precisamos únicamente algunas de las más claras, y quizá también de las más atractivas: vulneración por un Reglamento de los derechos fundamentales, concepciones esenciales y “principios del Movimiento Nacional” declarados en las llamadas Leyes fundamentales o constitucionales, sin que sea aquí necesario precisar uno por uno estos puntos básicos y su posible alcance a este respecto; Reglamentos que pretendan tener un efecto retroactivo; Reglamentos que aboquen a resultados “manifiestamente injustos” o “iniquidad manifiesta”, o atenten a la “justicia natural”; Reglamentos intrínseca u objetivamente irrazonables, o que notoriamente falten a la buena fe exigible en la relación poder público-súbditos, o a los criterios o standards de buena Administración, o que por la magnitud e importancia de sus efectos haya que reservar al dominio de la ley formal, requiriendo al menos una habilitación legal específica, etc, etc.”. Véase, en esta misma dirección de controlar sobre la base de principios generales, como el de proporcionalidad, etc, etc, J. DE LA CRUZ FERRER, “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, cit., pp.99 y ss. ; y, D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., pp. 112 y ss.

35 En este sentido, la STS de 13 de noviembre de 1987, respecto de la trascendencia del dictamen del Consejo de Estado, destaca la importancia de dicho dictamen debido al “importante grado de discrecionalidad de la potestad reglamentaria” (Véase, R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, cit., p. 62).

glamentaria, y, por ende, una reformulación del tradicional modo de enfocar esta cuestión, que ha dado lugar a una jurisprudencia excesivamente deferente, y hasta complaciente, con las veleidades de la Administración Pública en el desarrollo de esta importante potestad.

III. MEDIOS Y TÉCNICAS PARA EL CONTROL DE LAS ILEGALIDADES REGLAMENTARIAS

Si lo anteriormente expresado es cierto, y, por tanto, no puede cuestionarse a la luz de la evolución de nuestro Derecho en las últimas décadas³⁶, es evidente que lo que procede es arbitrar los medios y técnicas que permitan un control formal y sustancial de los reglamentos. Desde la primera perspectiva, ya hemos advertido el importante paso que supuso el reconocimiento por la Ley Jurisdiccional de 1956 de un recurso directo contra las disposiciones normativas con rango inferior a la Ley³⁷, y el avance que supuso respecto de la situación precedente en la cual, salvo el caso de recursos directos contra reglamentos y ordenanzas dictados por las Corporaciones locales (art. 386 de la Ley de Régimen Local)³⁸, no podía impugnarse directamente un reglamento. No obstante, vigente la Ley de 1956 existían cortapisas de calado en cuanto a la legitimación activa, que fueron superadas por la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Junto al *recurso directo*, son posibles los *recursos indirectos* formulados contra los actos o acuerdos administrativos dictados en aplicación de un reglamento ilegal, que tienen la ventaja de mantener abierta la vía de forma prácticamente indefinida, al no estar condicionados por el plazo de dos meses desde su publicación (art. 46, LJCA). También es posible, a través de este recurso, alcanzar la nulidad del reglamento por medio de la denominada “*cuestión de ilegalidad*” ante el Tribunal competente (arts. 27.1 y 123 a 126 de la Ley Jurisdiccional). Y, asimismo, es perfectamente utilizable la solicitud de la revisión de oficio por la propia Administra-

36 Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el volumen *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ob cit., pp 82 y ss, que habla del “incumplimiento sistemático y la difícil posición de la jurisprudencia”, relativo al procedimiento de elaboración de los reglamentos; igual opinión tiene otro autor en un trabajo más reciente, D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., pp. 178 y 179.

37 No obstante, debe advertirse que el artículo 101 de la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931, dentro de su Título VII (*Justicia*), disponía: “*La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder*”. Lo que ha sido interpretado como la inserción de recurso directo contra reglamentos (así, recientemente, F. SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2009, p. 48, con cita de estudios de Segismundo ROYO VILLANOVA y Carlos GARCÍA OVIEDO). No obstante, como el propio SOSA indica, la jurisdicción contencioso-administrativa no fue tocada en esta convulsa etapa republicana.

38 También, y sólo para la materia de personal, la ya extinguida jurisdicción de agravios, que comenzó a admitir sobre el año 1948 los recursos directamente dirigidos contra reglamentos ilegales. De forma que con la anterior Ley de la jurisdicción –la de SANTAMARÍA DE PAREDES, con la modificación ulterior, de 1894–, resultaba imposible impugnar directamente una disposición administrativa de carácter general.

ción para declarar la nulidad de un reglamento ilegal. Así se colige claramente de lo dispuesto en el artículo 102.2 de la LRJAP y PAC, según el cual *“Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrá declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2”*³⁹; aparte, como ya hemos visto, de la posibilidad de inaplicación del reglamento por los Jueces y Tribunales, reconocida en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y prácticamente desconocida, por su nula utilización. Incluso, cabe aludir en este contexto de medios formales para atacar la ilegalidad de un reglamento, lo que dispone el artículo 161.2 de la Constitución Española⁴⁰, en relación con las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas, y, asimismo, de acuerdo con el artículo 161.1, d), los reglamentos que se dicten u omitan en un conflicto de competencias (cfr arts. 61, 62 y 63, LOTC); lo que implicará que el mismo Tribunal Constitucional conozca de estos reglamentos. Sobre todos estos medios, que son estudiados con detalle en cualquier Tratado o Manual, poco hay que decir⁴¹, ya que constituyen las vías de acceso para conocer las presuntas ilegalidades, formales o sustanciales, de los reglamentos administrativos. Como primer paso, es evidente su indudable progreso respecto de épocas no tan lejanas, históricamente hablando. Ahora bien, es sólo eso: el primer paso; importante, pero no decisivo a efectos de un control real y efectivo de las ilegalidades de los reglamentos. *Lo siguiente es la articulación de técnicas que permitan la efectiva verificación del cumplimiento del Derecho por parte de las Administraciones Públicas*; cumplimiento no sólo de los trámites del procedimiento, sino del respeto a principios, normas y valores esenciales para un Estado de Derecho, y, en relación con los cuales, como ya hemos anticipado, la aplicación de los principios generales del Derecho es capital. Es en este ámbito en el cual el camino es todavía muy tortuoso, lleno de obstáculos, por estar muy poco depurado, y ser transitado de forma muy asilvestrada por las Administraciones Públicas, con una inobservancia de trámites y un uso muy cuestionable del poder reglamentario⁴². Este caminar asilvestrado y tosco ha sido, además, poco corregido por la jurisprudencia, como ya hemos notado; lo que sin duda ha robustecido más esta burda manera de ejercer la potestad reglamentaria, por la conciencia de no tener que pagar las consecuencias.

39 Este artículo 62.2 dice textualmente: *“También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*.

40 Cfr artículos 76 y 77, LOTC.

41 Vid., por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 9.^a ed, cit., pp. 214 y ss, donde se puede encontrar una exposición bastante completa sobre estos medios.

42 Véase, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el volumen *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ob cit., pp. 77 y 82 y ss.

IV. CONTROL SOBRE LOS ELEMENTOS FORMALES DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO; EN ESPECIAL, EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y EL INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO

Lo primero que debe verificarse para calificar a un reglamento administrativo como válido es el respeto de las formalidades necesarias para aprobarlo. *Es de pura lógica llegar a la conclusión de que sin un riguroso respeto de la competencia y del procedimiento no se puede hablar propiamente de un reglamento válido y eficaz*, ya que las formas revelan la manera de actuar, y trascienden lo meramente externo, pues permiten detectar el correcto uso de la potestad administrativa. Prescindir de las formas en este caso, es tanto como eludir al Derecho para ejercer la potestad reglamentaria sin límites, y sólo guiada por el criterio del burócrata o del político que en ese concreto momento y lugar está en el poder. Tal manera de actuar vulnera la Constitución (art. 9.1, 103.1 y 106.1), y define un panorama insostenible en un Estado de Derecho. Por ello debe analizarse cuál es la competencia y cómo es el procedimiento para aprobar un reglamento administrativo.

En este sentido, es obvio que la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno de forma expresa por la Constitución (art. 97), no es obstáculo para que pueda entenderse que también disponen de ella las Comunidades Autónomas (art. 153, c) CE) y los mismos entes locales (art. 4, LRBRL), así como otras Administraciones que usualmente se califican como “Administraciones independientes” (la Universidad, el Banco de España, etc.), y, dentro de una Administración debe respetarse la competencia que se le atribuye a un determinado órgano. Así, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, si bien en el artículo 1.1 le atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria, también permite que el Presidente del Gobierno y los Ministros dicten normas reglamentarias (cfr arts. 23 y 25). Así, el artículo 23.3 dice textualmente: “Los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía: 1º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros; 2º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial”. Por su parte, el artículo 12.2, a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), establece en su artículo 12.2, a) que los Ministros ejercen “la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica”⁴³, lo que supone que la Ley debe habilitar específicamente su competencia para dictar esas normas reglamentarias; el ámbito natural, en todo caso, de la potestad de los Ministros es el organizativo, como se encarga de precisar la propia LOFAGE (art. 10.2, para la creación modificación y supresión de los

43 En relación con esta norma, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ aseveran que no existe una asignación genérica de la potestad reglamentaria a los Ministros, sino en los términos de “la legislación específica”, lo que implica que sólo la conferirá la Ley o Leyes específicas para cada caso concreto. “Es, por tanto, una facultad necesitada de una habilitación legal concreta (...)”. (*Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 184). Véase, asimismo, sobre este la habilitación, J. M.ª BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1991, pp. 27 y ss.

órganos de nivel inferior a Subdirector general, y art. 12. 2, d), para determinar y, en su caso, proponer la organización interna de su Ministerio).

Lo mismo cabe decir de otras Administraciones, como las de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Universidades⁴⁴ o el propio Banco de España⁴⁵, en las que como primer paso para delimitar la validez del reglamento está verificar el órgano competente para dictarlo (cfr, por ejemplo, arts 22.2, d) y 123 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, 2.2 a) y 6.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, 3.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España). Ligado con lo que se ha dicho está la imposibilidad de delegar la competencia para la adopción de disposiciones de carácter general (art. 13. 2, b), Ley 30/1992)⁴⁶.

Otro extremo de enorme relevancia para verificar la formalidad del reglamento administrativo es el respeto al *principio de jerarquía normativa* (art. 9.3, CE, y 51 de la Ley 30/1992). Ya el mencionado artículo 23.2 de la Ley del Gobierno señala: “Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público”, y el artículo 23.3, último párrafo, dice que ningún reglamento “podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior”. De manera que, como dispone el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, serán “nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”.

El principio de jerarquía normativa, pues, tiene un enorme peso para determinar la validez del reglamento, y se manifiesta en dos direcciones: en relación con la Ley⁴⁷, y, en segundo término, en relación con las mismas disposiciones reglamentarias, que deberán respetar la jerarquía entre unas y otras. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha usado muchísimo para controlar la potestad reglamentaria, al considerarlo “básico para la salvaguardia del principio de legalidad, que a su vez es primordial para todo Estado de Derecho” (STS de 7 de julio de 1978)⁴⁸. No obstante, esta jerar-

44 Véase, por ejemplo, J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA y F. PALENCIA HARREJÓN, *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Ed Comares, Granada, 2002, pp. 115 y ss.

45 Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, “La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España: una transformación del tradicional sistema de fuentes”, *Noticias de la Unión Europea*, núm 217, 2003, pp.61-65. Hay que recordar que la STC de 5 de octubre de 1992 ya había reconocido la legitimidad del poder reglamentario del Banco de España, que se manifiesta a través de las “Circulares monetarias” y de las meras “Circulares”.

46 Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, voz “Delegación interorgánica” en *Diccionario de Derecho Administrativo Tomo I*, dir por S. MUÑOZ MACHADO, Lustel, Madrid, 1.ª ed. 2005, pp. 806-811.

47 Existe una supremacía formal y material de la Ley respecto del reglamento.

48 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ob cit., p. 75.

quía se desenvuelve, como refieren GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el ámbito “intraordinamental” exclusivamente, pero no es aplicable para normas que se relacionan con arreglo al principio de competencia⁴⁹.

Hay que advertir también que se reconoce en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, el llamado principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. “*Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas*”, lo que constituye también un límite preciso y contundente, directamente vinculado al sometimiento al principio de legalidad (arts. 9.1 y 3, y 103.1 CE).

Igual de relevante es el respeto del procedimiento de elaboración del reglamento administrativo. Ya se ha anticipado que en la práctica la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido demasiado comprensiva con los errores, lapsus e infracciones de la Administración pública, por una consideración errónea de lo que tiene que ser el ejercicio de la potestad reglamentaria en un Estado de Derecho. Sin embargo, es claro que la trascendencia del procedimiento es obvia, pues permite verificar la regularidad del ejercicio de la potestad reglamentaria; aparte de que no se justifica que para la aprobación de un mero acto o acuerdo administrativo se establezca un rigor coherente con el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1, CE), y, en cambio, para aprobar un reglamento, que tiene mucha más entidad y afecta a muchas más personas, se haga una interpretación tan laxa de las normas reguladoras del procedimiento. Esta diferencia de tratamiento no puede sostenerse ni en términos lógicos ni en términos jurídico-constitucionales. (cfr. art. 105.1, CE).

El procedimiento de elaboración de reglamentos es *un procedimiento especial*⁵⁰. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC 15/1989, de 26 de enero (que resolvió una serie de recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios): “*el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general es un procedimiento administrativo especial, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento de elaboración de sus propias normas de carácter general*”; no obstante, como ha señalado ALONSO GARCÍA⁵¹, que el Estado no tenga,

49 *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 188.

50 Así lo consideran, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob cit., p. 188.

No obstante, hay autores, como J. J. LAVILLA RUBIRA (“El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, 1998, p.9, que argumentan que, a diferencia de lo que acontecía con la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (arts. 129 a 132), el procedimiento que prevé el artículo 24 de la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1997, ya no está configurado como un procedimiento especial respecto del general. El tema excede, como es obvio, del objeto de la presente investigación, pero es claro que debe partirse de que la STC 15/1989, de 26 de enero, declaró que las Comunidades Autónomas gozan de competencia exclusiva cuando se trata del procedimiento de elaboración de sus propias normas reglamentarias, así como del contexto institucional en el cual se desenvuelve la dicotomía procedimiento general – procedimiento especial.

51 *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, cit., p.162.

de acuerdo con el Alto Tribunal, competencia básica para marcar las pautas del procedimiento autonómico de elaboración de disposiciones generales no implica que las Comunidades Autónomas, al regular este procedimiento especial, no estén obligadas a respetar los criterios constitucionales y, en particular, los que se derivan de los artículos 9.3 y 105 de la Norma Suprema, que se refieren a la publicación de las normas y a la audiencia de los ciudadanos, respectivamente.

Por tanto, más que un procedimiento tipo existen varios procedimientos⁵², si bien es verdad que hay trámites comunes de inexcusable observancia, y los procedimientos que se desarrollan en las Comunidades Autónomas son similares al establecido para la Administración General del Estado⁵³. Así, en ésta es de aplicación el artículo 24 de la Ley del Gobierno⁵⁴, que bajo el rótulo “*Del procedimiento de elaboración de los reglamentos*”, dispone:

“1. La elaboración de los reglamentos se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) La iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.
- b) A lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo.

- c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicarse, lo exijan.

52 En este sentido, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, ob cit., pp. 269 y 270.

53 Por lo que afecta a las Corporaciones Locales, son de aplicación los artículos 49, 70.2, 107 y 111 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, así como el artículo 56 del Texto Refundido de la disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Y, por lo que afecta a las Administraciones que tienen conferida, con distinto alcance, la potestad reglamentaria, habrá que estar a su legislación específica, si bien se puede considerar aplicable, en concepto de Derecho supletorio (cfr art. 149. 3, CE), la regulación prevista en el aludido artículo 24 de la Ley del Gobierno (así, J. J. LAVILLA RUBIRA, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, cit., p.8).

54 La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, derogó los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (cfr. disposición derogatoria única).

- d) No será necesario el trámite previsto en la letra anterior, si las organizaciones o asociaciones mencionadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración indicado en el apartado b).
 - e) El trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, reguladas en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos, y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.
 - f) Junto a la memoria o informe sucintos que inician el procedimiento de elaboración del reglamento se conservarán en el expediente todos los estudios y consultas evacuados y demás actuaciones practicadas.
2. En todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos.
 3. Será necesario informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.
 4. La entrada en vigor de los reglamentos aprobados por el Gobierno requiere su íntegra publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Este precepto prevé los trámites más relevantes del procedimiento para aprobar reglamentos en la esfera de la Administración General del Estado, aunque no configura en sentido estricto un procedimiento formalizado y riguroso, con fases perfectamente trabadas que son la base y la consecuencia lógica de las anteriores y las posteriores. Se trata, como ha destacado SANTAMARÍA PASTOR, de una regulación fragmentaria y esquemática, "constituyendo más un conjunto de trámites aislados, no siempre ordenados con arreglo a una secuencia temporal lógica y que, además, son en parte de observancia meramente potestativa"⁵⁵. Esta regulación, ciertamente perfectible, contrasta con el pormenor de la regulación del procedimiento administrativo común, y con el propio procedimiento legislativo, ya en el ámbito parlamentario, y es, sin duda, consecuencia de la propia evolución que ha tenido esta cuestión en el Derecho público español, como ya nos consta.

En cualquier caso, se trata de un procedimiento que se inicia de oficio por el órgano competente⁵⁶, y no por virtud de solicitud de los interesados, sin perjuicio del derecho de petición que pueden ejercer éstos, que tiene unos límites y un contexto jurídico muy concretos⁵⁷. No se precisa en la Ley cuál es el órgano que debe incoar

55 *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2.ª ed. cit., p. 270.

56 La competencia es un requisito de extraordinaria importancia, pues es el que identifica el órgano que tiene la potestad, y ello tanto desde el punto de vista administrativo (arts. 23 y 24 de la Ley del Gobierno, así como 51 y 62. 2 de la Ley 30/1992), como penal, pues el artículo 506 del Código Penal prevé que "La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo no superior de seis a doce años".

57 Así se puede observar en la jurisprudencia. La STS de 28 de febrero de 1991 (Ar 1639), declaró en este aspecto: "La iniciativa para la promulgación de nuevas normas, ha de acomodarse a los preceptos con-

el procedimiento, si bien es notorio que debe ser el que tiene la competencia para aprobarlo, y, además, debido a sus facultades de producción normativa, la Secretaría General Técnica del Ministerio (art. 17.1, LOFAGE)⁵⁸. También, es claro que los Subsecretarios (art. 15, LOFAGE) desempeñan un papel primordial, pues se responsabilizan del asesoramiento jurídico al Ministro, en particular, en el ejercicio de su “potestad normativa”.

En cuanto a los trámites, deben destacarse el informe sobre la necesidad y oportunidad del reglamento, y la memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar, documentos distintos que deben concurrir, y que sirven para verificar la formación de voluntad de la Administración, los objetivos que se persiguen, y los gastos que el futuro reglamento puede originar. Son trámites que reflejan la necesidad de reflexionar seriamente las causas que impulsan la aprobación de una disposición normativa, esto es, la creación de nuevo Derecho, que, como tal, se impone a la propia Administración y a los ciudadanos. El Tribunal Supremo ha advertido sobre este carácter “reflexivo” (STS de 4 de julio de 1987, Ar. 5504), y, con respecto al ya derogado artículo 129.2, LPA declaró la necesidad de una “*reflexión seria sobre el problema que evitará toda ligereza en la elaboración de la norma*” (STS de 29 de diciembre de 1986, Ar. 1675). Estos documentos tienen, pues, una particular importancia para controlar la posible arbitrariedad de un reglamento administrativo, y por esta razón deberían, en buena lógica técnico-jurídica, ser adecuadamente considerados por la jurisprudencia, y superar de esta forma una línea jurisprudencial que trata de reducir a mera formalidad lo que tiene un notable interés para el fondo del asunto, que no es otro que el determinar las razones y motivos por los que la Administración

tenidos en las vigentes, reguladoras del “derecho de petición”, y, la elaboración y producción de las disposiciones de carácter general se ha de acomodar a lo preceptuado en el artículo 129 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Más, en todo caso, dicha elaboración y producción se ha de realizar, en función a la “legalidad, acierto y oportunidad de aquéllas”, por lo que, habida cuenta que este último elemento, –“oportunidad”– depende en gran parte, de las disponibilidades económico-presupuestarias del Estado, además de otras razones derivadas de la prelación de otras necesidades a cubrir por el Gobierno conforme a su proyecto político, es por lo que, dicha producción de disposiciones reglamentarias no puede ser impuesta por la Jurisdicción, so pena de que los Tribunales invadan funciones y competencias de otros Poderes del Estado”.

Por tanto, es evidente que la petición de elaborar normas reglamentarias no puede obligar al Gobierno o Consejo de Ministros, pues éste se mueve dentro de un ámbito de “absoluta discrecionalidad”, no fiscalizable jurisdiccionalmente, para decidir o no la aprobación de un reglamento (en este sentido, también, la STS de 10 de diciembre de 1991, Ar. 9254).

Ahora bien, distinto del derecho de petición es el derecho de los interesados a que la Administración Pública apruebe un reglamento administrativo en un determinado plazo, cuando así lo impone la Ley. En este caso, el ejercicio de la potestad reglamentaria es un acto debido (cfr. STS de 8 de mayo de 1985, Ar. 2339, y M. CALVO CHARRO, “Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad de la Administración”, *RAP*, núm. 137, 1995, pp. 254 y ss.). No obstante, la jurisprudencia en este punto no es pacífica, y contiene pronunciamientos divergentes (Véase sobre esta materia, B. COLOM PASTOR, *El derecho de petición*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.45-52).

58 Así, J. J. LAVILLA RUBIRA, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, cit., p. 10.

decide aprobar una nueva norma reglamentaria⁵⁹ en ejercicio de una potestad jurídica –la reglamentaria– a través de la cual manifiesta su “política” en un momento dado. Esta potestad jurídica que permite crear Derecho tiene, pues, que sujetarse a ciertas exigencias en orden a garantizar la seguridad y estabilidad de las normas que deben cumplir los ciudadanos. Como dice SÁINZ MORENO, al estudiar el principio de seguridad jurídica⁶⁰, ésta “*implica, también, la realización del valor de la legítima confianza en que la estabilidad del ordenamiento sólo se va a alterar por causas importantes, suficientemente valoradas*”. El ejercicio, entonces, de la potestad reglamentaria para crear nuevo Derecho o modificar el vigente debe justificarse, razonarse, y estar avalado por una reflexión previa y seria, presentable ante la Sociedad y ante los Tribunales de Justicia. Ello en modo alguno supone restar discrecionalidad al Gobierno y la Administración Pública, sino reconducir ésta a los estrictos límites que le son propios en un Estado de Derecho.

Lo que desde luego no cabe hacer es resignarse ante la actuación normal u ordinaria⁶¹ de las oficinas ministeriales, reflejada en el siguiente pasaje que escribió hace ya algunos años SANTAMARÍA PASTOR en relación con el artículo 129 de la ya derogada Ley de Procedimiento Administrativo:

“Es obligado reconocer –decía SANTAMARÍA–, que la innegable intención racionalizadora de estas normas sólo se ve superada por su aplastante ingenuidad: el ejercicio de la potestad normativa en España se lleva a cabo, por lo común, en unos términos de apresuramiento e improvisación que resisten cualquier pretensión ordenadora. El esquema de comportamiento que sugieren los dos primeros apartados del artículo 129 no tiene, literalmente, nada que ver con el modo en que los proyectos de normas se elaboran entre nosotros (más aún, cabe dudar que dicho esquema sea, no ya realista, sino ni siquiera conveniente). Por su parte, es esa misma precipitación, unida a evidentes razones de comodidad, el hecho que explica la sistemática omisión de las tablas de disposiciones vigentes y derogadas; cuya elaboración puede ser compleja en ocasiones, pero que no puede calificarse, bajo ningún concepto, de tarea inabordable para un jurista medio”⁶².

Y, como cabe imaginar, esta manera de actuar se consolidó porque la propia jurisprudencia lo facilitó, primando criterios de eficacia sobre los estrictamente jurídico-formales, que son, al final, los que garantizan el control real y efectivo de la potestad reglamentaria⁶³.

59 En este sentido, D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., pp. 198 y ss, quien critica con todo acierto la doctrina vertida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de diciembre de 1972 (Ar. 5133).

60 Voz “Seguridad jurídica”, en *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, p.6110.

61 Sin duda normal u ordinaria por la costumbre, no desde luego por la lógica y el sentido común, que reclaman una actuación más regular y correcta.

62 *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ob cit., p. 86.

63 Vid las referencias que J. A. SANTAMARÍA PASTOR hace de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la obra ya referida, pp. 86 y 87, donde se pone de manifiesto que aunque algunas veces el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del reglamento administrativo por omisión de los estudios previos, en ningún caso como vicio único. Es más, el propio Tribunal se encarga de defender al reglamento con argumentos de cosecha propia, que son, como mínimo, discutibles, en términos de estricta técnica

Por consiguiente, la observancia de estos trámites es fundamental para saber si un reglamento es o no arbitrario, y además, están avalados por los principios con arreglo a los cuales debe actuar la Administración, también en el ejercicio de la potestad reglamentaria: los principios de eficacia, economía, transparencia y participación, y sometimiento pleno a la ley y al Derecho (arts. 103.1, CE, y 3.1 y 3 Ley 30/1992, y 3, LOFAGE). Primar el principio de eficacia sobre el resto, sencillamente, es inadmisiblemente⁶⁴, pues vulnera los artículos 9.1 y 3 y 103.1 de la Norma Suprema.

Por otra parte, el artículo 24 de la Ley del Gobierno ha suprimido el requisito de la *tabla de vigencias*, justamente, cuando más complicado e ininteligible está el ordenamiento jurídico⁶⁵, lo cual hay que criticar con severidad, pues, aunque el Tribunal Supremo, de forma deliberada calificó la omisión de esta tabla como una irregularidad no invalidante⁶⁶, es lo cierto que tiene una utilidad manifiesta para la seguridad jurídica, que es un principio constitucional (art. 9.3 de la Constitución), que contribuye a lograr mejor los valores de justicia, igualdad y libertad (art. 1.1, CE), pues evitar confusiones, aplicar criterios claros a todos, y saber con certeza lo que se permite o no se admite son básicos para estos valores constitucionales. El Tribunal Constitucional (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ. 4) ha destacado, sobre el principio de seguridad jurídica, previsto en la Constitución, que el legislador debe perseguir “la claridad y no la confusión normativa”, y debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan

jurídica: que los trámites son innecesarios cuando la Secretaría General Técnica elabora el proyecto, que la omisión del deber de conservar los antecedentes que prescribía el artículo 129.2 no podía invalidar la norma, etc., etc.

64 La eficacia, como refiere J. J. LAVILLA RUBIRA, “*ha de lograrse con estricta sujeción al ordenamiento jurídico al que la Administración está plena y positivamente vinculada (art. 103.1 CE). Esto es, la búsqueda de la eficacia en ningún caso puede legitimar la transgresión administrativa de previsiones normativas so pretexto de que éstas imponen trámites formales cuya observancia es larga, costosa e inútil (...)*” (voz “Eficacia”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica. Volumen II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, p. 2626).

65 Vid, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Thomson Civitas, Pamplona, 1.ª ed. 1999, reimpresión de 2006.

Por su parte, L. DÍEZ-PICAZO (*Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 78 y ss), habla de “*inabarcabilidad del ordenamiento jurídico*”. Dice: “*Tras veinticinco o treinta años de estudios, me pregunto cuál puede ser la proporción del ordenamiento español que yo mismo conozco. Y con una buena dosis de optimismo, la conclusión a la que llego es que rondará entre un doce y un quince por ciento*”.

Por esta razón es injustificable que se prescindiera de la tabla de vigencias en unos momentos de masificación normativa y confusión, acrecentadas, por otra parte, por la descentralización política y la incorporación a la Unión Europea, que definen una situación jurídica literalmente inmanejable, incluso para los técnicos más aptos y laboriosos (normas comunitarias, Leyes y reglamentos estatales y autonómicos, planes urbanísticos con rango reglamentario, normas locales, etc., etc). Renunciar, por una rechazable doctrina jurisprudencial que convirtió en nada la tabla de vigencias, a un criterio –modesto e insuficiente, además–, de racionalidad y orden no puede ser calificado sino como un error.

66 Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ob cit., p. 87, que refiere cómo para calificar de irregularidad no invalidante utilizó “razonamientos de todo género” para excusar su omisión en el caso litigioso, como que la tabla era innecesaria cuando la disposición regula por primera vez una materia (SSTS de 22 de noviembre de 1965 y 28 de marzo de 1977), estimar suficiente que la tabla figure en algún documento del expediente, aunque no en el texto de la norma, como la LPA exigía (SSTS de 25 de octubre de 1978 y 6 de marzo de 1979), etc., etc.

los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas, puesto que hay que “promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho” y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable. Por su parte, el Consejo de Estado (*Memoria de 1992*, p. 99), ha afirmado que la seguridad jurídica que reconoce el referido artículo 9.3 de la Carta Magna significa que “*todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse; lo cual supone, por un lado, un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Estas dos circunstancias –certeza y estabilidad– deben coexistir en un Estado de Derecho donde no cabe la posibilidad dialéctica de que se viva sine lege certa, sine iure certo*”. La Ley del Gobierno, al eliminar la tabla de vigencias, no sólo hace una cesión injustificable ante una práctica irregular, sino que ha perdido la oportunidad de dar más consistencia a un requisito que tiene una valía indudable para conseguir la seguridad jurídica⁶⁷.

Novedoso es, por el contrario, la mención del *informe sobre el impacto por razón de género* de las medidas que se establezcan en el reglamento, que se añadió por medio de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que tiene, como es lógico, una clara conexión con lo que dispone el artículo 14 de la Constitución Española, que exige para asegurar la igualdad evitar la discriminación por razón de sexo. Así, el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece, asimismo: “*Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género*”. Ello implica el uso de técnicas de valoración prospectiva de la futura norma⁶⁸, y es de esperar que

67 Como ha dicho E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, cit., pp. 96 y ss), “*en lugar de intentar reforzar esa exigencia de racionalidad en la elaboración normativa que es la conciencia de una constancia clara de su valor innovativo, ha eliminado, pura y simplemente, esa exigencia formal de la previa formación de una tabla de vigencias en la materia cuya nueva regulación se pretende*”.

Queda así confesado de forma paladina que la Administración, con su omnipresente potestad reglamentaria y aún como formuladora de proyectos de Ley, introduce con normalidad nuevas normas de cuya necesidad y aun de cuyo alcance real, por referencia a la regulación existente, ella misma no es ni siquiera consciente, y puede concluirse ahora que ni siquiera le interesa serlo. Parece como si la Administración viviese más cómodamente en un mundo de incertidumbre normativa. El poder normativo actúa así, queda demostrado, no respondiendo a una necesidad objetiva y general cuidadosamente sopesada, sino por impulsos inmediatos y apenas meditados, esto es, para resolver problemas concretos, sentidos normalmente más que como una necesidad pública surgida de la sociedad abstractamente considerada, por el impulso inmediato y nada meditado –como vemos– de los servicios burocráticos”.

68 Hay algunos criterios que resultan estimables, y que se expresan en la “*Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*” (que se refiere en la misma *Exposición de Motivos* de la Ley 30/2003, de 13 de octubre), que se elaboró por la Comisión de la Unión Europea, y en los cuales, como es natural, no podemos entrar en un trabajo de esta naturaleza. Lo que, en cualquier caso, resulta evidente es que ese informe

no se convierta en una formalidad vacua que para nada repercute en la realidad. La jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo no llama al entusiasmo, precisamente, como ya hemos visto, pero es claro que aquí hay una directa vinculación con la Constitución y los valores que ésta consagra (art. 1.1 y 14), por lo que, también, en buena lógica constitucional, es preciso que este informe tenga el suficiente valor.

De enorme relevancia es el trámite de *audiencia a los ciudadanos y las organizaciones representativas de intereses*, que tienen un sólido apoyo en la Constitución (art. 105.a). Se establece que se debe realizar esta audiencia en un “plazo razonable” y no inferior a quince días hábiles (aunque cabe reducirlo a siete días hábiles). Tiene por objetivo, como es obvio, canalizar la participación, y la jurisprudencia, después del artículo 105 c) CE, le ha conferido obligatoriedad⁶⁹, aunque el mismo artículo 24 prevé que, respecto a las organizaciones y asociaciones, sean “reconocidas por la ley”, y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición; lo que sin duda delimita mucho la operatividad práctica de este trámite. Empero, la “*decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia*”. Hay casos, sin embargo, en los que este trámite puede ser eludido: a) por graves razones de interés público, que deberán explicarse; b) cuando las organizaciones y asociaciones ya hubieran participado por medio de informes o consultas; y c) en las disposiciones organizativas⁷⁰. Es evidente que el caso más contro-

debe partir de un estudio de cierta profundidad sobre esta cuestión, y no se puede, por tanto, despachar con meras generalidades que nada dicen ni prueban. La Administración tiene que articular los medios y técnicas para formularlo con un mínimo de rigor. Se trata de un informe preceptivo, pero no vinculante, y que sirve, asimismo, para verificar los motivos o razones por los que se aprueba el reglamento.

La aludida Ley 30/2003, por lo demás, modifica el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, relativo a los Proyectos de Ley.

69 La STS de 12 de enero de 1990 declaró que la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de los reglamentos es causa de nulidad absoluta.

70 La jurisprudencia ha tenido, incluso en años recientes, desfallecimientos notables. Así sucede con la STS de 10 de mayo de 2001, comentada por M^a. J. ALONSO MAS, en “La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157, cit., pp. 241 y ss, y que declaró que la omisión de un trámite de informe de la Comisión Nacional de Administración Local no era vicio de la entidad suficiente para producir la nulidad de la disposición general, pues no causaba indefensión; lo que trasluce, como refiere la autora del comentario, una argumentación defectuosa, puesto que la legitimación debe conectarse con el objeto del proceso contencioso, y además, el trámite de audiencia no sólo tiene por finalidad la garantía de los derechos de defensa, sino que sirve para asegurar un mayor acierto y oportunidad de la norma reglamentaria.

También, otra STS de 12 de febrero de 2002 (Ar. 2562) no adopta un criterio muy progresivo acerca de la interpretación del concepto jurídico indeterminado “*cuando la índole de la disposición lo aconseje*” del artículo 24 de la referida Ley del Gobierno, pues, como subraya J. PONCE SOLÉ (“La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas de los Gobiernos y las Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, cit., p. 131), parece entender que la apertura de informaciones públicas reglamentarias es un hecho excepcional, lo que justifica que su no apertura no deba siquiera motivarse. Es, pues, otra muestra más de la tradicional comprensión que tiene la jurisprudencia con los vicios de procedimiento en la elaboración de los reglamentos. Una comprensión que obtura –cuando no anula–, las virtualidades que anidan en la Ley para el control del ejercicio de la potestad reglamentaria.

vertido es el primero, ya que la Administración aplica aquí un concepto jurídico indeterminado que habrá de dilucidarse en función de las circunstancias específicas de cada supuesto. Por ello exige la Ley que se explique, y, además, es recomendable que una norma reglamentaria así aprobada tenga un período de vigencia limitado, con una ulterior tramitación regular en la cual se practique la aludida audiencia⁷¹. Cabe, además, que la audiencia se sustancie a través del *trámite de información pública*, en el cual los ciudadanos puedan manifestar las alegaciones, datos u objeciones que consideren oportunas y convenientes, sin necesidad de acreditar ninguna situación jurídica subjetiva. En el contexto del artículo 24 1, c), el trámite de información pública es facultativo; no es así para el caso de las Ordenanzas locales, que es necesario someterlas a información pública con carácter preceptivo (cfr. art. 49, b), LRRL).

Dentro de las actividades de instrucción tienen especial trascendencia los informes. Ya hemos apuntado la exigencia de algunos, pero son necesarios, asimismo, los que realizan la Secretaría General Técnica del Departamento ministerial, que, en realidad, tienen escaso interés, ya que los formula un miembro del equipo de confianza del Ministro o Ministra⁷², y, por tanto, va en línea con lo que el titular del Ministerio quiere. Por ello la jurisprudencia da por cumplido este trámite con cualquier forma, e, incluso, lo excusa, en ocasiones, cuando se trata de variaciones no sustanciales de las normas que ya había informado la Secretaría. Mucha más consistencia jurídica ofrece normalmente el que emite el Consejo de Estado, para los casos legalmente previstos, es decir, para los supuestos relativos a los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes (cfr. arts. 5.1, h) de la Ley del Gobierno, y 22.3, LOCE.)⁷³, si bien es verdad que la exigencia de dictamen del Consejo de Estado está de alguna forma mediatizada, como ha destacado el propio Tribunal Supremo, por una dicotomía, *“quizás artificiosa, que separa los reglamentos ejecutivos de los independientes”* (STS de 5 de junio de 1989 de la Sala Especial, art. 61, LOPJ.). Por este motivo es acertada la opinión de ALONSO GARCÍA, que propugna que los esfuerzos deben dirigirse *“no hacia una interpretación restrictiva del término “ejecución de las leyes” presente en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, sino a dar cabida en la expresión precisamente a los reglamentos más necesitados del dictamen del Consejo de Estado, que son los carentes de cobertura legal”*⁷⁴. *“Si se predica –prosigue este profesor–, la*

71 Así, por ejemplo, J. J. LAVILLA RUBIRA, “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, cit., p. 20.

72 Así lo consideran, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho Administrativo I*, ob. cit., p. 190, y J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, cit., p. 272.

73 La problemática de lo que es ejecución de la Ley puede examinarse en el estudio, ya citado, de R. ALONSO GARCÍA, *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, cit., pp. 18 y ss.

74 Vid. *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, cit., pp. 66 y 67. Dice este autor: *“(…) donde sea posible la potestad reglamentaria independiente de la ley, tanto formal como materialmente, es mayor la necesidad de control que en los supuestos en los que, formalmente, su ejercicio cuenta con el respaldo del legislador a través de la correspondiente habilitación. Sin que quepa traer a colación, creemos, la naturaleza sui generis de los ámbitos tradicionalmente propios de la reglamentación independiente –organización y relaciones especiales de sujeción–, sujetos a discusión, ya que por mucho que se quiera hacer hincapié en la minusvaloración en estos sectores de la le-*

especial relevancia del dictamen del Consejo de Estado en estos casos, habrá que buscar una interpretación de su Ley Orgánica que dé cabida estos reglamentos para extender también a ellos la exigencia del dictamen. Interpretación que, en vista de lo expuesto, no parece pueda ser otra sino entender la expresión “ejecución de las leyes” como bloque de legalidad formal y material, incluida la Constitución”, y por este motivo, parece muy acertada la STS de 17 de diciembre de 1982 (Ar. 8039), porque extendió la exigencia del dictamen del Consejo de Estado a todos los reglamentos, sobre la base de que todos ellos “de un modo u otro son ejecutivos, en el sentido de desarrollar o aplicar las leyes, solas o en su sistema”⁷⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha avanzado insertando los reglamentos que se llamarían de “remisión normativa”, y los propios reglamentos ejecutivos de las Comunidades Autónomas están sujetos a este trámite, del que sólo se consideran exceptuados los llamados reglamentos autónomos o praeter legem, los organizativos y los de necesidad (así, SSTS de 27 de marzo de 1993 y 27 de noviembre de 1995).

Por su parte, se exigen otros informes, en función de la materia que pretenda regularse. La legislación sectorial así lo confirma; así, y sólo a título de ejemplo, podemos comprobar cómo la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades –modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril–, establece en su artículo 28. b), entre las funciones del Consejo de Universidades, la de “informar las disposiciones legales y reglamentarias que afectan al sistema universitario en su conjunto”; o como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, impone en su artículo 37, h) que la Agencia de Protección de Datos debe informar “con carácter preceptivo”, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la ley⁷⁶. La Ley del Gobierno, por otro lado, impone la aprobación previa del Ministerio de Administraciones Públicas cuando se trate de la organización ministerial hasta el nivel de Subdirecciones generales (art. 67.4, LOFAGE), y las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 24.3), y, también, la del Ministerio de Hacienda sobre cualquier medida sobre organización y personal que pueda suponer incremento del gasto (art. 66.2, LOFAGE). La STS de 24 de noviembre de 2009, en relación con el Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, por el que se adoptaron medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana,

galidad –en el sentido amplio del término– entendida como garantía al no existir supuestamente afectación del administrado “general”, siempre existirá una legalidad objetiva, de conformidad con el ordenamiento jurídico globalmente considerado, que salvaguardar”. (p. 68).

75 Cit., pp. 68 y 69.

76 Y otros informes, dependiendo del sector o materia que regula el reglamento; así, por ejemplo, un Reglamento como el de centros de reconocimiento destinados a verificar las aptitudes psicofísicas de los conductores (Real Decreto 170/2010, de 19 de febrero, “BOE”, núm. 54, de 3 de marzo de 2010), tuvo que ser informado por el Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2.e) del Real Decreto 317/2003, de 14 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial. Por su parte, en esta línea, las Leyes de Colegios Profesionales (Ley 2/1974, de 13 de febrero, art 9, j) y Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (Ley 3/1993, de 22 de marzo, arts. 2.2. f) y 18.2 e) reconocen la competencia para informar las disposiciones de este tipo.

Guadalquivir y Ebro, declaró la nulidad de pleno derecho de este reglamento, en aplicación del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues entiende el Alto Tribunal que se omitieron: a) el trámite de audiencia a las Confederaciones Hidrográficas, como exige el artículo 58 de la Ley de Aguas, b) el informe del Ministerio de Administraciones Públicas, en contra de lo que prevé el artículo 67.4, LO-FAGE, c) el informe del Consejo de Estado, pues se trata de un reglamento ejecutivo, ya que desarrolla lo establecido en la Ley de Aguas (arts. 3, 7 y 8). Asimismo, destaca la STS que referimos que la memoria económica, que exige el artículo 24.1, a) de la Ley del Gobierno, *“no pasa de ser una fórmula vacía de contenido, que impide conocer, ni por aproximación, el coste estimado de las medidas excepcionales a adoptar (sic), defecto que abunda en la ilegalidad del trámite seguido en la elaboración del aludido reglamento”*. Esta Sentencia revela que se tiene en cuenta de una forma clara la infracción de trámites del procedimiento, y que ya no hay aquella especie de “cheque en blanco” para observar los requisitos cuando se quiera. Incluso, en lo relativo a la memoria económica, es exigente el Tribunal Supremo, y obliga a la Administración Pública a un estudio serio de las repercusiones económicas⁷⁷.

77 Insiste en esta tendencia la STS de 9 de febrero de 2010 (recurso de casación 591/2008), que confirma en casación la nulidad del Decreto 28/2006, de 23 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes de cordón umbilical, ya que, a pesar de que en el expediente se consigna la memoria justificativa, la memoria económico-financiera, la valoración del impacto por razón de género, el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Consumo, y el informe del Consejo de Estado, no figuran los estudios y consultas necesarios para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Argumenta el Tribunal Supremo que la Administración no “ostenta una potestad enteramente libre”. Así, *“el reconocimiento de una cierta discrecionalidad a la Administración al decidir si han de recabarse o no aquellos estudios y consultas, lo es dentro de los límites de ejercicio de toda potestad discrecional, que admiten el arbitrio legítimo, pero no una decisión basada en la sola voluntad del que decide, esto es, una que se muestra objetivamente, sin asomo de duda, carente de toda razón que justifique, como aquí ocurre”*; y, además, señala el Alto Tribunal que el “escueto expediente administrativo cuyo contenido detallamos al principio, no permite flexibilizar el deber de recabarlos cuando nada hay en él que pueda suplirlos y garantizar, como quiere la norma, el acierto y la legalidad del texto reglamentario en elaboración”. Y es que, el Tribunal Supremo dice que, en este caso, *“las dudas, incertidumbres y preocupaciones existentes en la materia que pretendía ser regulada (...); la posibilidad de opciones diversas en aspectos esenciales de su regulación (...); la percepción de que una de esas opciones pudiera tal vez incidir negativamente en la futura eficacia del sistema de trasplantes; la exigencia de tomar en consideración y de prever todo lo necesario para garantizar un elevado nivel de protección de la salud, así como el derecho de la madre o de la pareja a recibir una información cierta y suficiente; la derivada de ésta de prever también lo necesario para impedir la publicidad engañosa, falsa o tendenciosa; el estudio ya iniciado para la elaboración del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical, etc., etc., son algunas de las circunstancias que sólo permiten como conclusión la siguiente: no había ni hay razón alguna que justifique que en el procedimiento de elaboración de aquel Decreto 28/2006 no se estimara conveniente recabar estudios y consultas con objeto de arrojar luz sobre esas múltiples cuestiones y sobre las importantes decisiones normativas a tomar, hasta el punto de que sin recabarlos no cabe, en este caso, reconocer que el designio, el propósito, el fin perseguido fuera, como manda aquel precepto, garantizar el acierto y la legalidad del texto”*. Obsérvese cómo el Tribunal Supremo hila fino para hacer cumplir lo dispuesto en el precepto –art. 24.1 de la Ley 50/1997–. No se trata de una mera posibilidad que puede o no ser utilizada con completa libertad por la Administración,

Finalmente, el reglamento debe ser publicado íntegramente en el correspondiente Boletín Oficial, para que adquiera eficacia frente a terceros, en aplicación del principio de publicidad de las normas que establece el artículo 9.3 de la Constitución Española y el artículo 52.1 de la Ley 30/1992.

Es obvio que el control adecuado y preciso de todos estos trámites supone ya una seria garantía de la legalidad del reglamento, y del uso correcto de la potestad reglamentaria. Es un control, pues, necesario, pero no suficiente, ya que quedan intocados otros extremos que inciden directamente sobre el fondo de la materia. Un reglamento puede ser formalmente intachable –algo que, por lo demás, en la práctica no es habitual, debido al apresuramiento y la falta de rigor con la que se desarrolla esta potestad–, y ser un reglamento contrario al ordenamiento jurídico por contener normas que vulneren la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico⁷⁸. Incluso teniendo una concepción estrecha de éste, como limitado a la mera legalidad, puede ser un re-

sino que debe acreditarse en orden a dar respaldo, razón y sentido a la normativa que se aprueba. Muy lejos está esta doctrina de otras SSTs que se refugiaban en la observancia de vacuos formalismos, que, en realidad, no justificaban nada (como, por cierto, se pretendía en este caso), o en la pretendida naturaleza “política” de la potestad reglamentaria.

Mucho más inconsistente técnicamente es la STS de 27 de enero de 2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, que establece la acreditación nacional para el acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios. Frente a los tres argumentos principales del recurso: 1) que el derecho fundamental a la promoción de los cuerpos docentes no se encuentra suficientemente garantizado, en cuanto según la doctrina y la jurisprudencia el derecho al acceso a las funciones públicas que señalan las leyes, ya que es un derecho de configuración legal; 2) que no existe imparcialidad en las Comisiones de Selección, pues el procedimiento de nombramiento en última instancia es gubernamental, y 3) no se cumplió la exigencia de negociación colectiva, el Tribunal se limita a adherirse a las interesadas argumentaciones del Abogado del Estado (que desliza, además, cautamente un sofisma o trampa argumentativa al afirmar que es al Estado a quien corresponde regular la materia, lo cual no se discutía, sino que fuera el Gobierno el que designara a los miembros de estas Comisiones), y despachar el asunto declarando que se trata –la acreditación– de un requisito previo “para poder acceder a la función pública”, y por tanto “con la sola obtención de la acreditación a que se refiere el Real Decreto impugnado no se accede a la función pública y por ello ni son ni le pueden ser aplicables las normas que regulan el acceso a la función pública cual la parte actora pretende”. Además, dice –respecto a la falta de cobertura legal y de garantía de imparcialidad de la Comisión de Selección–, que tiene su apoyo en los artículos 57 y 23 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, pero no analiza hasta dónde puede llegar la Ley, y qué debe comprender el Reglamento en un asunto de esta relevancia, que conecta con principios y valores constitucionales como es el mérito y la capacidad (art. 103) y la igualdad (art. 14). Arguye que se han respetado las formalidades que prevé la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (que la STS alude como Ley 50/87, con notoria incorrección), pero no indaga ni profundiza sobre la razón de ser de un procedimiento como el que se debatía. Porque es discutible que un requisito tan esencial para el acceso a los cuerpos docentes universitarios previstos en el artículo 56.1 de la LOU, sea sólo un requisito previo, como podría ser la nacionalidad y la de tener un determinado título académico (cfr. 56 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público); y, en cualquier caso, de entenderse que es, en efecto, un “requisito previo”, debió profundizarse mucho más para determinar su ajuste o no al artículo 56.3 del referido Estatuto). El control de la discrecionalidad propia de la potestad reglamentaria no se perfecciona, desde luego, con Sentencias como ésta.

78 Vid. R. BONACHERA VILLEGAS, *El control Jurisdiccional de los Reglamentos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006., p. 46.

glamento inválido por contravenir ésta. Pero es que esa concepción estrecha está hoy ampliamente superada (cfr. arts. 1.1, 9.1 y 3, y 103.1, CE, fundamentalmente). El Ordenamiento jurídico no es sólo un conjunto de leyes formales y escritas, sino que hay algo más que informa, trasciende y, probablemente, supera la mera legalidad formal: los valores del Ordenamiento y los principios generales del Derecho⁷⁹, que constituyen en este extremo un parámetro de valoración del reglamento inexcusable. Por ello es necesario esbozar los medios de control materiales.

V. CONTROL DE LOS ELEMENTOS MATERIALES. EL PAPEL DE LOS VALORES CONSTITUCIONALES Y DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, en el iluminador libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*⁸⁰: “la Constitución ha configurado a la democracia, no como una simple regla mecánica, ciega a los valores materiales y estrictamente neutral ante ellos, sino como una pieza inserta en un cuadro de valores materiales que, en cuanto constitucionalizados, se imponen a su funcionamiento; por ello el artículo 1.1 no califica al Estado sólo de Estado democrático, sino de “Estado democrático de Derecho”. Lo que quiere decir un Estado donde el poder del Estado, democráticamente formado, está vinculado al Derecho, en el sentido de sus valores materiales y de sus principios generales. Pues el Derecho, dice el Presidente del Tribunal Federal Constitucional alemán, Ernst BENDA, es algo más que mera forma, comprende “principios fundamentales positivados, a los cuales todos, y también el Estado mismo, están sometidos”. Y, en efecto, el artículo 1.1 de la Carta Magna de 1978 dispone: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. En esta dirección, el artículo 10.1 de la Norma Suprema establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Estos dos preceptos constitucionales, junto a otros que no es el momento de analizar en este trabajo (v.gr.: arts. 53, 168.1, etc.), ponen de manifiesto que hay una concepción sustancial del Derecho en la Constitución que obliga a indagar, por lo que al tema que nos afecta, en el fondo del Reglamento, y, en su caso, calificarlo de ilegal, por no respetar esa concepción sustancial del Derecho, por no respetar, pues, *el Estado material de Derecho*⁸¹. Ello es, por lo demás, particularmente necesario en la medida que el poder reglamentario está atribuido, no al legislativo, como es obvio (salvo el caso de los Reglamentos de las Cámaras, que es otro asunto ajeno a lo que se estudia, art. 72.1 CE.), sino a la Administración pública, que tiene una vocación

79 En este punto, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1984, pp.91 y ss.

80 Cit., p. 104.

81 Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, cit., p. 102.

servicial por definición (art. 103.1), y que está sometida rigurosamente a la ley y al Derecho. Se puede decir, entonces, que el control material del reglamento es una necesidad imperiosa para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, y, por ende, para la cabal observancia de los valores y principios que fundamentan al mismo. Dejar fuera este control, por la invocación de que se trata de una potestad política o cualquier otro subterfugio semejante, como se ha hecho en otras etapas, no es conforme al espíritu constitucional. *El Estado material de Derecho reclama y exige un control pleno (art. 106.1, CE), desde el punto de vista jurídico, de cualquier reglamento dictado por la Administración.* Control riguroso de sus elementos formales, como ya nos consta, pero, asimismo, de sus elementos materiales, que tienen en los valores constitucionales y en los principios generales del Derecho⁸² sus bases sustentadoras. Éste es un criterio general que no puede nunca perderse de vista u olvidarse⁸³.

Ahora bien, este control pleno no quiere decir que se desconozca la libertad o discrecionalidad inherente a toda potestad reglamentaria, y que el juez o Tribunal se convierta, por un entendimiento incorrecto de su control, en un sustituto o complemento del administrador. No. El control pleno significa el uso de todos los mecanismos e instrumentos técnico-jurídicos para verificar si se cumple o no con el Ordenamiento. Pasado este filtro, es obvio que la discrecionalidad para establecer nuevas normas es inmensa; tan oceánica como la creatividad y la inteligencia del administrador permitan; pero creatividad e inteligencia que deben respetar lo esencial del Ordenamiento constitucional.

Dentro de ese control material ocupan un lugar relevante la *verificación sobre los hechos que sirven de base para ejercer la potestad reglamentaria*. Un reglamento administrativo no puede partir de una realidad inexistente, falseada o mal concebida, pues, de lo contrario, le faltaría su fundamento objetivo⁸⁴; tampoco puede contener

82 Principios generales del Derecho, además, distintos de los estrictamente constitucionales, pues éstos se aplican por sí mismos (art. 9.1, CE) (Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 9.ª ed. cit., p. 193).

83 Es evidente que ello exige un mayor esfuerzo en los operadores jurídicos, pues no es lo mismo un control formal de tipo horizontal (y, en cierto sentido, meramente superficial), por así decir, en el cual sólo se incide en cuestiones como la competencia o el procedimiento, que un control sobre el fondo, es decir, sobre la validez intrínseca de las normas reguladoras de una determinada materia, para lo cual es preciso profundizar mucho más, esta vez de manera vertical, indagando con la lógica y la técnica jurídica aspectos como la coherencia interna de las normas reglamentarias, su congruencia con las instituciones que pretende regular, la afectación directa o indirecta de principios constitucionales, la mayor o menor separación del texto legal que las sustentan, la utilización no arbitraria del poder reglamentario, etc., etc. En este extremo, el esfuerzo exigido es mucho mayor, y no sólo en el juez o Tribunal, sino en las propias partes.

84 En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., p. 194., y D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., pp. 65-70. También, de este último autor, *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo "Taking facts seriously"*, cit., pp. 32 y ss, y 411 y ss, para destacar la trascendencia que debe conferirse a la realidad empírica.

85 Vid. D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., pp. 114 y ss. La STS de 14 de febrero de 1977 (Ar. 765), declaró que es desproporcionada la norma reglamentaria (Código de Circulación), que habilita a la Administración para privar temporalmente del permiso de conducir a quienes no pa-

medidas incongruentes o desproporcionadas⁸⁵ en función del fin que pretende lograr⁸⁶, lo que obliga a dilucidar, en concreto, las características de estas medidas, con el auxilio de los medios técnicos y jurídicos que sean precisos, ya que no se trata de que el juez –que no es técnico o experto en la materia que el reglamento regula– decida con arreglo a un “sentido común”, que es tan abstracto como mutable e impreciso⁸⁷, sino sobre la base de extremos técnicos y lógicos, que luego se inserten en un discurso jurídico, también, técnico y profesional (y no en la mera ocurrencia propia de la doctrina de un Derecho libre⁸⁸); no podrá prever normas contrarias a la “naturaleza de las cosas”⁸⁹, o contrarias a la naturaleza y funcionalidad de las instituciones jurídicas; o, en fin, normas que desemboquen en resultados injustos, ilógicos, contrarios a la buena fe y a la confianza legítima, etc., etc. Todo esto tiene su sustrato en la Norma Suprema, en los términos que hemos visto, y en principios generales del Derecho, muchos de los cuales están ya recogidos en el mismo Derecho positivo, incluso, en la propia Constitución⁹⁰. Así, debe advertirse, por ejemplo, cómo el artículo

guen las multas de tráfico durante el período voluntario. Asimismo, como recuerda este mismo autor, la STS de 7 de noviembre de 1995 (Ar. 8131), declaró que incurre en desproporción un precepto del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales en el que se establece que, en los concursos para la provisión de vacantes, el conocimiento de la lengua oficial de una Comunidad Autónoma puede llevar a equivaler a seis años de antigüedad. Lo mismo dijo la STS de 30 de abril de 1988 (Ar. 3294), respecto a la norma reglamentaria, prevista en el Estatuto de la Abogacía, en virtud de la cual se establecía que la falta de pago de las cuotas de la Mutualidad producía como consecuencia la pérdida de la condición de abogado.

- 86 Fin que, además, debe ser conforme a Derecho, por lo que es también perfectamente aplicable la técnica de la desviación de poder para anular reglamentos (cfr. SSTS de 8 de julio de 1992, Ar. 6320, y 18 de marzo de 1993 (Ar.1772). Sobre esta técnica, véase C. CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- 87 Piénsese lo que es sentido común para, por ejemplo, Álvaro D´ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Civitas, Madrid, 3.ª ed. 2001, que, desde una perspectiva religiosa y cristiana, dice cosas como que “el sacrificio expiatorio es de derecho natural” (p. 41), o que “las penas corporales sin injerencia dentro del organismo, como la de azotes, hoy en desuso, pero que ha tenido su historia, incluso en el régimen disciplinar de la Iglesia, y también en la pedagogía; son convenientes para castigar la pequeña delincuencia” (sic)(p. 112). Pues bien, compárese este “sentido común” con el que puede tener un musulmán o un ateo. ¿Dónde está el fundamento objetivo y serio de un sentido común válido al margen de estos factores?. El tema, como cabe suponer, no puede ser abordado aquí. Sólo se alude al mismo para realzar el hecho de que no puede confiarse al Juez o Tribunal una decisión sobre tan inasible concepto, sobre todo en una Sociedad abierta de un mundo globalizado, donde la libertad, la igualdad y el pluralismo (territorial, religioso, ideológico, etc) definen una situación harto complicada. Dejar una puerta abierta a que el Juez campe con arreglo a criterios no técnicos, objetivos y contrastados, pegados al espíritu y la finalidad del Ordenamiento, es tanto como abrir una puerta a posibles disparates (por cierto, hay un libro de carácter periodístico, elaborado por Q. TOMÁS Y VALIENTE y P. PARDO que lleva por título *Antología del disparate judicial*, Mondadori, Barcelona, 2002, que contiene perlas como la del juez que juzgó a Jesucristo).
- 88 Vid, sobre la Escuela del Derecho libre, E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2ª ed. 1980; reimpresión de 1982, pp. 119 y ss.
- 89 El tema de la *naturaleza de las cosas* tiene un hondo calado teórico, que, como es evidente, no podemos tratar en este estudio; véase una aproximación en E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía Jurídica*, cit. , pp. 299 y ss.
- 90 Vid. L. ORTEGA, voz “Principios Generales del Derecho”, en *Diccionario de Derecho Administrativo. Tomo II*, (dir por S. MUÑOZ MACHADO), Lustel, Madrid, 1ª ed. 2005, p.1963.

3 de la Ley 30/1992 desglosa una serie de principios (eficacia, buena fe, confianza legítima, transparencia, etc). Pero existen otros, como el de proporcionalidad, la prohibición de enriquecimiento injusto, la igualdad, el de equidad, el principio de audiencia de parte, la cláusula *rebus sic stantibus*, en el ámbito de los contratos o los que menciona el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica, irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, etc.⁹¹). Son principios que sirven para controlar el contenido de la norma reglamentaria, y que exigen un depurado conocimiento jurídico para no eludir el control ni extender el ámbito de éste a extremos no permitidos⁹². En este último aspecto cabe señalar que el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.⁹³

Por consiguiente, es palmario que el control del contenido de los reglamentos administrativos es posible. Y para articularlo se pueden usar las técnicas del control de la discrecionalidad que se aplican a los actos administrativos⁹⁴. Bien es verdad que la jurisprudencia no ha avanzado mucho en este aspecto, sobre todo si se tiene en cuenta que las primeras SSTS que abordaron este tema son de hace más de cincuenta años⁹⁵, y que, por tanto, como ha señalado BLANQUER hay “una notable prevención judicial que desemboca en una injustificada deferencia a las opciones gubernamentales en el ejercicio de la potestad reglamentaria”⁹⁶. Pero, con todo, no se puede esquivar la trascendencia que este control debe tener a la luz de las exigencias constitucionales, que, como hemos visto, imponen un Estado material de Derecho. La potestad reglamentaria debe ejercerse dentro del marco constitucional, y la Administración habrá de fundamentar adecuadamente su utilización. En este punto, y a diferencia de lo que

91 Vid. J. SUAY RINCÓN, voz “Principios Generales del Derecho (Derecho Administrativo)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1995, p.5098.

92 Vid. D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, pp. 155-162, acerca de los límites del control del contenido de los Reglamentos.

93 Véase R. BONACHERA VILLEGAS, *El control Jurisdiccional de los Reglamentos*, ob cit., pp. 209 y 210, así como J. PONCE SOLÉ, “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, cit., pp. 114 y ss. Este autor señala que una STS de 23 de enero de 1998 (Ar. 1261) declaró que una sentencia de condena a que el titular de la potestad reglamentaria dicte un reglamento con un contenido determinado “excedería de las facultades jurisdiccionales”, excepto en dos casos, en que puede producirse lo que la sentencia denomina una “ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional”: 1) cuando “el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico”, ó 2) cuando “siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la ley que el reglamento trata de desarrollar o ejecutar”.

94 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob cit., p. 196.

95 Nos referimos a las famosas SSTS de 20 de febrero y 6 de julio de 1959, comentadas en su día por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, como ya hemos visto (cfr, también, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *RAP*, núm. 30, 1959, pp. 131-166).

96 *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., p. 104.

sucede con los Reglamentos comunitarios (cfr. art. 253 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), a los reglamentos administrativos no se les exige motivación, si bien la doctrina del Consejo de Estado poco a poco se muestra más exigente con la necesidad de que la Administración justifique las disposiciones reglamentarias, bien en forma de preámbulo, o incorporando memorias al expediente⁹⁷. En un ámbito como el urbanístico, es sabido que la jurisprudencia, desde hace ya años, viene exigiendo la Memoria en orden a acreditar la motivación del plan (Cfr. STS de 13 de febrero de 1992, Ar. 2828)⁹⁸, y le otorga un carácter fundamental e insoslayable (STS de 23 de abril de 1998, Ar. 3102). En cualquier caso, es obvio que no hay una exigencia formal y clara, a pesar, incluso, de lo que dice el artículo 54 de la Ley 30/1992, sobre la necesidad de motivar los “actos” (no los reglamentos) que se “dicten en el ejercicio de potestades discrecionales”. Es obvio que sería recomendable, para verificar la legalidad del reglamento, exigir su motivación, obligar, pues, a la Administración a razonar por qué aprueba una nueva norma, y en una futura regulación de esta materia debería incluirse esta exigencia.

V. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene una importancia básica para el buen funcionamiento del Estado de Derecho. Hoy el Ordenamiento jurídico está inundado de normas reglamentarias dictadas no sólo por la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas y las locales, sino por otros organismos y entes (Universidades, Banco de España, etc), que determinan la vida y la economía de los ciudadanos de una manera evidente. Ello impone una verificación del correcto cumplimiento de requisitos formales y de fondo. Por tanto, no se puede esgrimir la excusa de que la potestad reglamentaria es una “potestad política” para eludir un serio control sobre el fondo, porque ello sencillamente no es verdad. La potestad reglamentaria es una verdadera potestad “jurídica” a través de la cual –eso sí–, se manifiesta una concreta política. Pero el reglamento ni es una Ley formal ni puede contravenir lo dispuesto en el resto del Ordenamiento jurídico.

En este extremo hay que criticar sin reservas la postura que durante mucho tiempo ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha supuesto una deferencia y una comprensión excesivas hacia los defectos, omisiones y vulneraciones formales de la Administración, inadmisibles en un Estado de Derecho, y, por tanto, con palmario perjuicio para el ciudadano. Hay que decirlo sin circunloquios: *el control de los reglamentos administrativos ha sido insuficiente, mal definido y mal aplicado por la jurisprudencia hasta fechas relativamente recientes*. Ha primado una concepción del interés público meramente progubernamental, con claro desconocimiento de un hecho evidente: que *no hay mejor ni mayor interés público que el cumplimiento del*

97 Sobre este punto hay que remitirse al libro, ya citado, de D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, pp. 269 y ss.

98 Véase, J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, pp. 44 y ss.

ordenamiento jurídico. Creer que por sistema la Administración define y tutela impecablemente el interés público y que el particular es sólo una parte interesada y egoísta es un craso error⁹⁹, que comporta además un prejuicio dañoso para el ciudadano, que es –no se olvide– el titular de los derechos y las libertades, mientras que la Administración es una organización instrumental que “sirve” al interés general (art. 103.1, CE)¹⁰⁰. No siempre la Administración tutela el interés público¹⁰¹, y éste es, desde luego, mucho más que la actuación de la Administración, que puede ser errónea e incluso ilegal (piénsese en casos de prevaricación, actos y reglamentos nulos, etc). Cuando se invocan excusas –que no razones– como la eficacia, el tecnicismo, la rapidez, etc, para soslayar los requisitos de forma o para vulnerar el fondo del sistema jurídico, con normas desproporcionadas, incongruentes, apresuradas, sesgadas, etc lo que se está haciendo es burlar el Estado de Derecho, perjudicar al ciudadano, que es ordinariamente la parte más frágil (salvo casos de poderosas empresas o corporaciones), y congraciarse con malas costumbres administrativas, que no por viejas pueden admitirse como válidas. Si a ello se le añade la incontinencia normativa de burócratas y políticos, que están acostumbrados a dictar normas sin excesiva justificación¹⁰², la conclusión es evidente: pueden existir muchos reglamentos no sólo ilegales, sino absolutamente innecesarios. Ciertamente, se observan algunos avances en la doctrina del Tribunal Supremo¹⁰³, como se ha demostrado en este mismo trabajo, pero todavía hay un largo

99 Sobre este asunto, recientemente, J. E. SORIANO GARCÍA, *El poder, la Administración y los jueces (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*, Iustel, Madrid, 1.ª ed. 2012, pp. 212-214. “Es totalmente falsa la expresión de que combate procesalmente un interés general defendido por la Administración y un interés particular que defiende el recurrente demandante. No es así. Ambas partes tienen distintas interpretaciones sobre el interés general (...)” (p. 213).

100 Repárese en que la CE alude a “servir”, no a definir ni a monopolizar el interés general. Se pudo elegir otro término que también encajase con la Administración en relación con el interés general, pero lo cierto es que se optó por el de *servir* (Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, “Intervención pública y libertad de empresa: los servicios económicos de interés general (Marco constitucional español y comunitario europeo)”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 23, 2011, p. 18).

101 Como afirma J. L. MEILÁN GIL (*Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 1.ª ed. 2011, p. 26), el “interés general no se identifica necesariamente con el interés de la Administración”.

102 España es uno de los Estados con mayor número de Leyes y reglamentos; si se cumplieran estrictamente todas las normas existentes se convertiría en un Estado “perfecto”. Tan perfecto que no se podría mover un papel sin antes comprobar la norma y su interpretación. La ingenua pretensión de normarlo todo origina una inseguridad jurídica evidente, y aunque podría pensarse que beneficia al Estado de Derecho, no es así, porque entre el Derecho vigente (Normas de la Unión Europea, Leyes estatales y autonómicas, reglamentos administrativos, ordenanzas municipales, planes de distinto tipo, etc) el Derecho transitorio y el Derecho derogado, la confusión es de bulto. La legislación urbanística es un buen ejemplo de ello. Y, en buena lógica, el legislador debe ser sobrio, serio y seguro; no incontinente, incongruente y confuso. No se tiene más Estado de Derecho porque se tengan más leyes, sino porque éstas responden a necesidades objetivas y son coherentes y estables y, *fundamentalmente, porque se cumplen y existe un Poder Judicial que garantiza su correcta observancia*.

103 Entre otras, SSTS de 17 de julio de 2009 (la falta de informe del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos autonómicos origina la nulidad de los reglamentos ejecutivos, si bien no merece nuevo informe del órgano consultivo cuando después se introducen retoques no sustanciales, STS de 24 de marzo de 2009), y de 9 de diciembre de 2008 (nulidad por falta de audiencia a corporaciones o asociaciones directamente afectadas, pero no a las de simple carácter voluntario). Vid. J. L. MEILÁN GIL, *Categorías jurídicas...* ob cit., p. 50.

trecho que recorrer para que esta fuente del Derecho, que es el reglamento administrativo, sea fiscalizada como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho maduro y avanzado. *Cabría abogar no sólo por el estricto cumplimiento de formalidades, sino por el reconocimiento de otras –como la tabla de vigencias– y por la motivación seria y fundada para dictar un reglamento.* Es absurdo que para cualquier nimiedad se dicte un reglamento (el caso de los reglamentos universitarios, una verdadera maraña kafkiana y sin sentido, es un buen ejemplo), obstaculizando la normal actividad del ciudadano. Más absurdo es todavía que se sepa de antemano que ese reglamento –por innecesario y arbitrario– no se va a cumplir, y sólo se dicte para “quedar bien” o para hacer ver ante el público que se está gestionando algo. A la arbitrariedad se añade esterilidad y cinismo. En un Estado que proclama la *libertad* y el *pluralismo político* entre sus valores superiores (art. 1.1, CE), las normas jurídicas y, en particular, las que tienen simple rango reglamentario, deben estar justificadas, razonadas y perseguir fines claros y controlables. No se pueden establecer restricciones o condiciones de forma arbitraria sólo porque se tiene el poder. La intervención del Estado probablemente sea necesaria en muchos sectores, como hemos observado en esta última crisis que nos azota desde 2007, pero dicha intervención no puede alterar o desconocer los derechos fundamentales y las libertades públicas, ni los valores que se expresan en dichos derechos y libertades. Es más, esa intervención está para potenciar y garantizar tales derechos, no para, bajo la invocación de categorías imprecisas –interés público, eficacia, razón de Estado, etc., etc.–, que además se pueden interpretar de muy distinta forma en razón de la ideología que se tenga, socavar dichos derechos y libertades.

En resumen, los reglamentos administrativos deben:

- a) estar justificados, para lo cual *su motivación* debería ser exigible (en este punto, el art. 54, LRJAP y PAC es muy precario¹⁰⁴);
- b) respetar escrupulosamente los requisitos de forma (competencia y procedimiento);
- c) cumplir no sólo con la Ley, sino con los valores, principios y axiomas del Ordenamiento jurídico; y

La reciente STS de 21 de mayo de 2013, dictada en relación con el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas externas de los estudiantes universitarios, declaró nulo de pleno Derecho este Real Decreto, por incumplir la doctrina del Tribunal Supremo que impone reiterar la consulta al Consejo de Estado “*cuando con posteridad al inicial dictamen se introduzcan en el proyecto inicial modificaciones sustanciales*”. En el caso que se resolvió –exclusión del ámbito de la Seguridad Social, en concreto, de la obligación de afiliación y cotización a los estudiantes universitarios–, entendió el Alto Tribunal que “posee esa naturaleza de modificación sustancial”.

104 Hay un evidente silencio sobre la motivación del Reglamento administrativo en el Derecho positivo español, pero tampoco se excluye (Cfr. D. BLANQUER, *El control de los reglamentos arbitrarios*, cit., p.272). No obstante, es palmario que desde una perspectiva del control de la arbitrariedad, la motivación, explicitada en una exposición o preámbulo, es necesaria (art. 9.3 CE.). Incluso para la Ley formal, que tiene, como es notorio, una fuerza mayor y un alcance distinto del que tiene un modesto reglamento, hay autores que abogan por su motivación. Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1ª ed. 1998, pp.157 y ss.

- d) ser controlados con rigor y eficacia por los Tribunales de Justicia, para lo cual es preciso la aplicación de los medios y técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

