

NOTAS SOBRE ALGUNOS DE LOS PUNTOS DE REFERENCIA ENTRE LEY, REGLAMENTO Y ACTO ADMINISTRATIVO

POR

JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

Profesor Titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REVISIÓN DEROGACIÓN-REVOCACIÓN.—III. RETROACTIVIDAD: 1. *Planteamiento*. 2. *La indemnización debida por la retroacción restrictiva*. 3. *El ámbito posible de la retroactividad restrictiva*. 4. *El (pre)supuesto de los derechos adquiridos*.—IV. INDEROGABILIDAD SINGULAR Y RESERVAS DE DISPENSACIÓN: 1. *Planteamiento y fundamento de la inderogabilidad singular*. 2. *El problema en las reservas de dispensación*.—V. PERSPECTIVAS QUE OFRECEN OTROS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *Planteamiento*. 2. *La sanción a los vicios de procedimiento*. 3. *Competencia y jerarquía*. 4. *El ámbito de la organización y el jurídico-privado*.—VI. LA VINCULACIÓN (POSITIVA) DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Planteamiento*. 2. *Algunas precisiones doctrinales a la teoría de la vinculación positiva*. 3. *Precisiones sobre algunos de los datos que se manejan para limitar el alcance de la vinculación positiva*: A) La referencia a la Ley, en vez de al Ordenamiento jurídico. B) Las reservas de Ley. C) Conclusión: términos lógicos en que queda planteada la cuestión como propia del método jurídico.

I. INTRODUCCIÓN (*)

El Reglamento, en cuanto producto de las Administraciones públicas, constituye una realidad jurídica cualitativamente distinta de la Ley, al tiempo que como norma también responde en el ordenamiento jurídico a un régimen claramente diferenciado del de otras actuaciones administrativas. Esta contraposición, aunque inicialmente pueda parecer excesivamente simplista y tenga por presupuesto el tema mismo de la distinción entre supuestos (1), sin embargo,

(*) El tema objeto de la presente colaboración —que lo es también al libro *Estudios en honor del Profesor F. Garrido Falla*— quizá sea uno en los que el que escribe estas líneas más ha venido sintiendo la atractiva presencia de F. GARRIDO FALLA. Desde la ya lejana etapa de mis primeros contactos con el Derecho, repetidamente, acudir a las perspectivas ofrecidas por su producción científica me ha resultado enriquecedor y permitido apreciar la realidad jurídica desde una de las más privilegiadas posiciones de nuestra actual doctrina. Quede con esta modesta colaboración expresamente reconocida, una vez más, esa deuda.

(1) En especial, la distinción entre norma y acto administrativo. De entre los numerosos acercamientos a este tema baste recordar aquí el de L. MARTÍN-RETORTILLO, *Actos administrativos generales y reglamentos naturaleza de la convocatoria de opo-*

encierra problemas que, además de esenciales en el Derecho Administrativo, precisamente confluyen al entrecruzarse las líneas que aquellas realidades sugieren.

No se trata aquí de profundizar en estos temas; ni siquiera abordarlos. Simplemente cabe apuntar cómo y dónde están estos puntos de reflexión clásicos y actuales en nuestro Derecho, desde la perspectiva de la confrontación de las consecuencias que de cada supuesto se desprenden.

La única pretensión de estas líneas es ésta: hacer explícitas esas conexiones y —en cierto modo— sistematizarlas en un contexto más general. Recordar las formulaciones clásicas de nuestra doctrina, a medida que se vayan señalando aquellos puntos en la siguiente exposición —evidentemente convencional—, puede ser de utilidad tanto para una posterior profundización en dichos puntos (al quedar subrayados los lugares comunes de partida) como, sobre todo, para facilitar una visión del conjunto —un esbozo, por así decirlo— de esa parte de la realidad jurídico-administrativa: las líneas en que se esquematizaría, quedarían trazadas al hacerse explícitas esas conexiones entre los respectivos puntos de referencia.

II. REVISIÓN-DEROGACIÓN-REVOCACIÓN

La contraposición entre reglamento y acto administrativo, desde la perspectiva señalada, podría empezar con la correlativa constatación de la confrontación entre derogación y revocación.

Presupuesta la problemática de la revocación (revisión) por razones de legalidad de la actuación administrativa, y sin perjuicio de la confrontación que luego se apuntará entre actuación y reglamento en los planos sustantivo y reaccional, en cualquier caso, cuando se trata de volver sobre lo previamente actuado por la misma Administración, en el plano de la oportunidad política, la contraposición apuntada aparece como uno de los ejes de nuestro Derecho: hacer ver cómo a diferencia de lo que ocurre con las situa-

siones, núm. 40 de esta REVISTA, que contiene un planteamiento ya clásico sobre la clarificación de las dualidades: abstracto, concreto; general, especial. Otra clásica formulación del tema es la recogida en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 4.ª ed., 1983, reimp. 1986, págs. 188 y ss. Niega la categoría de «acto administrativo general de contenido no normativo»: F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 10.ª ed., 1987, páginas 390 y ss. En el mismo sentido, A. GALLEGO ANABITARTE, recientemente, en *Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, págs. 137 y ss. y remisión que contiene.

ciones originadas por los actos administrativos (2), ante las creadas por los Reglamentos no cabe oponer la doctrina de los derechos adquiridos, ni los actos propios.

No quiere ello significar que los actos administrativos, aun cuando sean «declarativos de derechos», queden inexcusablemente petrificados e inmutables cualesquiera que fuesen las exigencias de una nueva realidad. Incluso cabe la *expropiación de derechos reconocidos* en sentencias firmes, según el artículo 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

En relación con lo acabado de apuntar (art. 18,2 LOPJ), basta aquí señalar cómo no resultaría una norma positiva tan discutible como a primera vista pudiera parecer. En efecto que parecerá cuando menos sorprendente para el recurrente que una vez recorridas todas las fases revisoras en pugna con la Administración, habiendo obtenido por fin una sentencia estimatoria y firme en su caso, el Gobierno de la Nación convierta su esfuerzo en nada más que en un equivalente económico. Ello, tanto más cuando la Administración bien pudiera haber empezado por ahí: expropiándole desde el principio, en vez de mantener una defensa que ha demostrado ser carente de fundamento. Ahora bien, ni hay que presumir la mala fe —aunque se trate de la Administración— ni tampoco cabría negar otros supuestos, en que no resultaría tan anómala tal expropiación. En el caso de propiedades, por ejemplo, resulta lógico que si puede expropiarse por esas causas de utilidad pública o interés social, también podrá hacerse por las mismas causas, aunque se haya estado discutiendo sobre la titularidad y una sentencia se haya decantado por el particular. Precisamente será en tal caso cuando tenga sentido expropiar. Otro tanto en ejemplos, más propiamente administrativos, como el de las licencias urbanísticas (revisión de las otorgadas cuando cambia el planteamiento). En definitiva, en tanto sea posible la expropiación de derechos o —su equivalente— la revisión de títulos administrativos, el artículo señalado, más que lesionar tales situaciones o el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que hace es reforzarlos, articulándolos en un incidente de eje-

(2) Evidentemente, los actos administrativos negociales. Tampoco se trata de entrar en este tema del concepto del acto administrativo. Vid, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 501 y ss. y 526; F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 373 y ss. y 395 y ss., donde se desarrolla la clasificación (por razón del contenido del acto y de sus efectos) «meros actos administrativos» - «actos negocios jurídicos». También —si se excusa la propia cita—, J. GONZÁLEZ SALINAS, *El acto administrativo, encrucijada de problemas tópicos. Carácter instrumental del concepto. Contestación a una consulta*, «RCDI», núm. 535, en especial págs. 1428 y ss.

cución de sentencia, al menos en lo que se refiere a «la correspondiente indemnización». Ahora bien, aunque la revisión de tal expropiación lógicamente debe emplazarse en la vía que le es propia, lo que con base en tal precepto cabría incluir también como tema del incidente de ejecución de la sentencia que se expropia, es la posibilidad misma de tal expropiación en el sentido de que no pueda convertirse en el mantenimiento de una situación contraria al ordenamiento jurídico. En el citado ejemplo de un acto autorizatorio reglado, sería el caso de pretenderse —sin que se haya producido una modificación en el ordenamiento— privar del derecho que el ordenamiento sigue reconociendo y la sentencia ha declarado. Supuestos en que más que expropiar lo que se estaría es pretendiendo «*comprar*» la impunidad para la ilegalidad administrativa, ya incluso declarada en sentencia firme.

Lo acabado de señalar permite subrayar cómo en relación con la revocación de los actos administrativos el tema radica en sus presupuestos y límites, siendo determinante la doble referencia al carácter (reglado o no) del acto revisado por tales motivos y al principio indemnizatorio en que se articularía tal revisión (3).

Ahora bien, tratándose propiamente de situaciones reglamentarias, tales límites no operan, sino los generales de la potestad reglamentaria. En tal sentido, ni el *reglamento* sería «acto» que como propio de la misma Administración condicionará la posterior derogación, ni cabría de aquél desprender declaraciones de derechos subjetivos que produjeran igual efecto.

El tema, evidentemente, no se queda aquí, ya que desde el momento en que se constatará cómo los reglamentos pueden reconocer directamente derechos —tal y como también es posible que lo haga una Ley— quizá fuera necesario matizar las anteriores afirmaciones completando la simple referencia formal a tales normas con la correlativa concreción del concepto y alcance de esas situaciones estatutarias. Baste ahora apuntarlo (4).

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 612 y, en especial, la referencia (hoy confirmada jurisprudencialmente) a las reservas negociales de revocación y cláusulas de precario (págs. 614 y ss.). F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 451 y ss., por su parte, conecta significativamente algunos de esos supuestos (en especial el del artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 1955) con la doctrina de la invalidez sobrevenida de SANTI ROMANO.

(4) Por ejemplo, A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, págs. 159 y ss., no duda en afirmar que «es un hecho que los reglamentos declaran o reconocen a los ciudadanos derechos que no aparecen previamente en una Ley. Para probarlo, incluso en los Reglamentos llamados ejecutivos, basta con abrir uno de ellos y leerlo. Esto siempre ha sido así; la juris-

Por otro lado, y en cierto modo en sentido inverso, cabe igualmente constatar cómo la existencia de *actos administrativos*, aunque resulten contrarios a aquella normativa, determina lo que expresivamente no se ha dudado en calificar como *auténtico título*: una vez dictado el acto administrativo juega como título del derecho por él mismo reconocido, con independencia de la cobertura legal superior, la cual sólo en los casos de revisión vuelve a emerger para contrastar la validez de dicho título (5). Incluso si la revisión afecta a la normativa bajo cuya cobertura se dictó aquel acto, éste subsistiría si ha devenido ya firme (6).

III. RETROACTIVIDAD

1. Planteamiento

El que el reglamento —como principio general y aparte matizaciones como las apuntadas— ofrezca más amplias posibilidades de revisión (derogación) que el acto administrativo no significa, sin embargo, que llegue a tener idéntico alcance que la Ley. El regla-

prudencia lo aceptó sin vacilaciones y la Ley de 1888, como veremos más adelante, lo reconoce expresamente. Los servicios públicos tienen una base legal tan escasa que el único punto válido de referencia para su regulación son los reglamentos. Los juristas pueden explicar el fenómeno por diversas razones (la más fácil es la de la habilitación previa de la Ley), pero por encima de tales explicaciones está la realidad innegable de que los reglamentos declaran derechos, condicionan su ejercicio e imponen obligaciones correlativas. Con lo cual nos encontramos ante una cuestión prácticamente irresoluble: los Reglamentos, aunque pueden reconocer nuevos derechos, no pueden imponer nuevas obligaciones; pero ya hemos visto que el reconocimiento de un derecho conlleva inevitablemente alguna nueva obligación o, al menos, y en todo caso, un condicionamiento de su ejercicio, que, en cuanto tal, supone una restricción de la libertad de los ciudadanos. El problema será entonces precisar el alcance de estas limitaciones posibles. Y esto es algo que no puede realizarse con carácter general. Los Tribunales, en la justicia del caso concreto, van fijando fronteras de esta actividad; pero siempre queda a salvo la actividad misma. Las necesidades de la realidad de los servicios públicos se impone a las construcciones teóricas».

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, cit., págs. 94 y ss. y remisiones que contiene. Es el tema mismo de la autotutela, desde una de sus perspectivas.

(6) Es más, no hay comunicación de efectos de la revisión del reglamento, ni tampoco de la invalidez. «Los actos dictados al amparo de un Reglamento nulo subsisten una vez declarada la nulidad, sean o no firmes, declarativos de derechos o de gravamen. Tales actos pueden ser nulos de pleno derecho, anuiables, e incluso perfectamente válidos, de acuerdo con la calificación que resulte del Ordenamiento vigente en el momento de dictarlos una vez eliminada del mismo la disposición general nula» (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA», núm. 14). Como se adelantó, no se trata de profundizar en esta problemática, complicada con categorías como la de la «reviviscencia», etc.

mento, aunque no se ve en principio condicionado por los reglamentos preexistentes, no obstante, sí ve condicionada su eficacia en el tiempo por la existencia de actos administrativos o, más precisamente, por la existencia de derechos adquiridos. Ello, a diferencia de lo que ocurre con la Ley, como principio también general. Es el tema de la retroactividad, que a partir de la Constitución de 1978 ha venido a complicarse; más que con referencia a los propios reglamentos (punto en el que la doctrina resultaría en todo caso reforzada) por su pretendida ampliación a las normas legales, con base en la inclusión de éstas en el término «disposiciones» utilizado por el artículo 9,3 de aquélla.

Este tema constituye uno de los más importantes de nuestro actual contexto, habiendo dado lugar a posiciones doctrinales extremas y a una polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Que el propio constituyente pretendió tal ampliación a las leyes del principio de retroactividad en determinados casos, parece indiscutible (7). Y resulta igualmente innegable que la irretroactividad, en cuanto referida a «disposiciones» sancionadoras no favorables del artículo 9,3, cabe interpretarla en el sentido del artículo 25,1 (legislación —o normativa— vigente en el momento de la acción u omisión punible o sancionable). El problema radica en el alcance que deba darse a la irretroactividad de las «disposiciones restrictivas de derechos individuales».

Presuponiendo siempre la inclusión del concepto de leyes en el término «disposiciones» y en referencia a las mismas (8), el Tribunal Constitucional ha venido paulatinamente reconduciendo el término «derechos individuales» del artículo 9,3 a límites constitucionales cada vez más reducidos: primero, el título I; luego, ya sólo los derechos de la sección primera de su capítulo II (derechos fundamentales y libertades públicas). Todo ello sobre la base de la constatación de resultar en caso contrario desvirtuado el Estado Social (9)

(7) Así se reconoce expresamente en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 85, aunque —como luego veremos— tal argumento se considerará insuficiente.

(8) Con la consiguiente derogación del Código Civil en dicho punto (art. 3; hoy 2, 3.º), en el que a sentido contrario el principio general era el de la posibilidad de retroacción, siempre y cuando se expresa: «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario».

(9) Un estudio analítico de esta jurisprudencia, en R. GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987. En cualquier caso, como señala J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 5.ª ed., 1987, pág. 289, «los antecedentes que suministran los debates parlamentarios de este precepto son bastante claros, al menos en el sentido de la equi-

y atendiendo a argumentos ya expresamente formulados por la doctrina científica (10).

No obstante, desde distintos ángulos ha sido criticada esta doctrina jurisprudencial. Así, de un lado, F. GARRIDO FALLA (11) ha dirigido sus críticas contra esta restricción interpretativa que considera desafortunada, «en primer lugar, porque en relación con tales derechos y libertades fundamentales (calificativos que, por cierto, no emplea el precepto constitucional que se examina) lo que está constitucionalmente prohibido no es la retroactividad restrictiva, sino la restricción misma; como expresamente dispone el artículo 53.1 de la Constitución al establecer en esta materia (extendida a todo el cap. 2 del tít. I) el principio de reserva de Ley “que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial”, es decir, no podrá restringirlo. En segundo lugar, porque la irretroactividad no es en absoluto impedimento para conseguir por vía legislativa reformas estructurales y sociales, ni siquiera las relativas al régimen de la propiedad privada. Lo que hay en el fondo de esta postura es una cierta confusión entre la retroactividad de la Ley y la teoría de los derechos adquiridos. Sin necesidad de predicar su carácter retroactivo, todos los derechos adquiridos (salvo —y aquí sí que la precisión es importante— los derechos y libertades fundamentales) ceden ante una Ley que los limite para el futuro. El problema de las leyes restrictivas no es, pues, sólo el de su irretroactividad, sino el de si las restricciones impuestas encubren o no un supuesto de expropiación forzosa y, por tanto, generan derecho a indemnización (art. 33,3 de la Constitución). O, dicho de otra forma, si la Ley sacrifica un derecho adquirido hay lugar a indemnización» (12).

valencia derechos individuales-derechos constitucionales, salvo los de carácter social (Cap. 3.º del Título I CE). El problema radica en los derechos incluidos en la Sección 2.ª del Capítulo II (arts. 30 a 38), cuya exclusión del ámbito del principio de irretroactividad parece enteramente lógica: aunque los constituyentes no hicieron distinciones entre los derechos de las Secciones 1.ª y 2.ª del citado Capítulo II, sí consta la voluntad expresa de suprimir del artículo 9.º, 3, la expresión “... y sociales” (que figuraba en el Anteproyecto), y no es difícil coincidir en que la mayor parte de los derechos que figuran en dicha Sección 2.ª podrían encajarse sin violencia en el concepto de derechos sociales». En el mismo sentido, del mismo autor, sus magistrales *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988, pág. 375.

(10) F. LÓPEZ MEXUDO, *La irretroactividad de las leyes en la Constitución de 1978*, «REDA», núm. 31; *El principio de irretroactividad de las normas jurídico administrativas*, Sevilla, 1982.

(11) F. GARRIDO FALLA, en *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, 1985, artículo 9.3, y en su *Tratado*, I (10.ª ed.), cit., págs. 214 y ss.

(12) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, cit., págs. 214 y ss., que insiste (pág. 216): «En resumen: el tema de la irretroactividad no puede confundirse con el de los derechos adquiridos. Esta teoría, en efecto, ha solido presentarse como el límite a la aplica-

Al otro lado está la postura, sostenida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (13), crítica con la doctrina del Tribunal Constitucional por entender que, por el contrario, no ha llevado a sus últimas consecuencias el sentido de la cláusula del Estado Social. Frente a aquella interpretación lo que se propone es limitar la irretroactividad a que se refiere el artículo 9,3 de la Constitución a los reglamentos: el límite no estaría en el tipo de derecho afectado, sino en la naturaleza de la disposición cuya retroactividad se pretende. La irretroactividad de las Leyes en materia penal o sancionatoria estaría no en el artículo 9,3 («disposiciones»), sino específicamente en el 25,1 de la Constitución (que habla de «legislación»). Fuera de este ámbito (art. 2, 3.º, del Código Civil) el poder legislativo, como tal, podría dar efecto retroactivo a sus normas. Siendo significativo, igualmente, el artículo 83,b) de la misma Constitución, según el cual «las Leyes de Bases no podrán en ningún caso: facultar [al Gobierno] para dictar normas con carácter retroactivo», precepto singular que carecería de sentido si existiera una prohibición de carácter general para la retroactividad de las leyes. En definitiva, con base en una interpretación sistemática de la Constitución en la línea de la *voluntas legis*, siempre más consciente y fiable que la mera *voluntas legislatoris*, y con un sólido fundamento institucional en la distinta naturaleza de ambos supuestos normativos, seguirán siendo enteramente válidos aun después de la Constitución los argumentos en base a los cuales se ha venido predicando, como un principio propio del Derecho Administrativo, la regla general de prohibición de aplicación retroactiva de las normas reglamentarias no favorables, aplicación retroactiva que es únicamente referible a las Leyes, en los términos ya tradicionales del artículo 2.3 del Código Civil. A las Leyes no puede negarse (con las excepciones ya señaladas de las leyes de Bases y de la materia penal y sancionatoria: arts. 83,b y 25 de la Constitución) tal poder, so pena de negar

ción temporal de las leyes, cuando éstas no se declaran expresamente retroactivas. Su funcionalidad es, pues, interpretativa; es decir, funciona como regla hermenéutica para conocer cuál es el límite de aplicación en el tiempo de una norma que no se declare retroactiva. Pero, claro está, el derecho adquirido tiene una sustantividad propia; existe o no existe con independencia de que una nueva norma jurídica lo respete o lo anule y, por supuesto, el hecho de que una norma tenga carácter retroactivo no significa, obviamente, que no existan derechos adquiridos al amparo del Derecho anterior. Así es que de nuevo hay que repetirlo: el derecho adquirido (salvo en los supuestos del artículo 9.3 de la Constitución) no impide la aplicación de la norma, sino que plantea el problema de si su sacrificio genera derecho a indemnización (art. 33.3 en relación con el 106.2 de la Constitución).»

(13) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 81 y ss.

también la posibilidad misma de perfeccionamiento del sistema inherente a la cláusula del Estado social y de olvidar el mandato positivo que a los poderes públicos dirige en este sentido el artículo 9,2 de la Constitución. A los reglamentos, en cambio, no puede reconocérsele (14).

Las anteriores referencias son más que suficientes para advertir lo incómodo de la posición en que nos coloca la contemplación del presente panorama que la retroactividad ofrece en la actualidad de la jurisprudencia de los Tribunales y doctrina científica. Las perspectivas que contradictoriamente proporcionan estas cualificadas aportaciones, sin embargo, permiten detectar como puntos de referencia varios temas estrechamente ligados por el común denominador del alcance de los llamados derechos adquiridos.

2. *La indemnización debida por la retroacción restrictiva*

El alcance de esos «derechos», por adquiridos que se consideran, en lo referente a sus efectos, en cualquier caso pone sobre el tapete la posibilidad misma de su supresión o restricción, como consecuencia de la modificación del Ordenamiento jurídico, aunque para ello o como consecuencia de ello opere un principio general indemnizatorio claramente constitucionalizado (arts. 33,3 y 106,2 de la Constitución). Ello no supone más que constatar también en este ámbito una realidad ya antes reiterada (15) y que aquí se manifiesta en su momento más primario. Si uno de los requisitos que *antes* veíamos planteaba el problema de la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad y de la expropiación de derechos reconocidos en sentencias era el de la adecuación con

(14) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 86. En contra, expresamente, F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., pág. 214: «pensar que se trata [la del art. 9.3] de una restricción impuesta únicamente a la potestad reglamentaria del Gobierno o de la Administración es introducir un distingo que ni la literalidad del precepto permite ni es congruente con lo dispuesto en el propio artículo 9.1, que vincula a la Constitución a todos los poderes públicos (incluido, por consiguiente, el legislativo)» (*sic*). En cualquier caso, lo que cabría es entender que la vinculación del legislativo en este punto consistiría en no poder reconocer efecto retroactivo a las disposiciones (reglamentarias) restrictivas de derechos individuales: «sólo si la retroactividad está en la ley que el Reglamento desarrolla podrá éste concretarla».

(15) Vid. texto relativo a la nota 3 anterior y remisiones que contiene. Cabe incluso notar —según vemos seguidamente— cómo aquí los problemas de las actuaciones preexistentes derivarían, por definición, en el tema de la ilegalidad sobrevenida.

el Ordenamiento de la nueva situación que, pese a aquellos títulos concretos, se pretendía imponer, *ahora* ante lo que estamos es precisamente ante la modificación de dicho Ordenamiento que permitiría tales actuaciones pese al carácter reglado de las actuaciones reconocidas en aquellos títulos. En este orden, la perspectiva que ofrecen los derechos adquiridos parece de gran utilidad. No ya sólo por permitir conectar con aquellos supuestos —dado el alcance material que según veremos tienen—, sino sobre todo por resultar la situación jurídica subjetiva que presuponen determinante a la hora de derivar efectos indemnizatorios. De aquí que en este punto la sugerente perspectiva ofrecida críticamente por F. GARRIDO FALLA deba subrayarse. En efecto, señala cómo «la teoría de los derechos adquiridos no parece ser objeto de especial devoción para nuestro Tribunal Constitucional. En su sentencia 27/1981, de 20 de julio, afirma: «Desde el punto de vista de la constitucionalidad, debemos rehusar cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión “derechos adquiridos” y es de suponer que los constituyentes lo soslayaron no por modo casual... fundamentalmente porque esa teoría... que obliga a la Administración y a los Tribunales en cuanto examinan la legalidad de los actos de la Administración no concierne al legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento como intérprete de la Constitución.» En el plano doctrinal, según el Profesor GARRIDO FALLA, esta afirmación es inaceptable y demuestra la habitual confusión que existe entre la teoría de los derechos adquiridos y la de la irretroactividad de las Leyes. «Por supuesto que detectar la existencia o no de derechos adquiridos concierne al Tribunal Constitucional; por ejemplo, para determinar el carácter expropiatorio de una Ley o de una actuación concreta de los poderes públicos (si llega a su conocimiento por vía de “cuestión de inconstitucionalidad”)» (16). El problema estará en determinar el alcance material de la realidad a que hagan referencia los derechos adquiridos, pero la categoría, en cuanto tal, seguiría siendo necesaria, ya que, de lo contrario —como señala el mismo autor—, se «deja sin resolver cuál sea el criterio para determinar cuándo y en qué circunstancias —si es que queda alguna— es aplicable el artículo 33,3 de la Constitución» (17).

(16) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., pág. 216, por nota.

(17) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., pág. 219. Cabría puntualizar: el artícu-

Desde esta perspectiva indemnizatoria, por tanto, la referencia a los «derechos» en cuanto hayan de considerarse adquiridos (18) a tales efectos, no admite limitación. Será indemnizable la restricción de los mismos, con independencia de su categorización a otros efectos (amparo, por ejemplo), en tanto aquella restricción derive de una aplicación retroactiva de las normas.

Esta última precisión sería la que abriría otro importante orden de valoraciones de no menor complejidad, dado el carácter relativo que tiene la afirmación de la retroactividad o, lo que es lo mismo, el alcance de los efectos de las nuevas normas (19). Un tema hoy de trascendental importancia con ocasión de legislación sectorial de especial impacto (20), pero que tradicionalmente en nuestro ámbito había sido ya enmarcado en algunas instituciones que podrían, por ello, servir de piedra de toque a muchos problemas (21). Confluirían así las dos vertientes del tema: los efectos respectivos, en su confrontación, de derechos *subjetivos* y normas del Derecho *objetivo*.

lo 33.3 de la Constitución o el 106.2 de la misma, como antes veíamos. Sigue teniendo valor en estos temas el trabajo de J. A. SANTAMARÍA, *La teoría de la responsabilidad del Estado legislador*, núm. 68 de esta REVISTA. Y hoy, aparte otras, tiene una traducción jurisdiccional muy concreta: la jubilación anticipada (SSTS de 15 de julio —dos— y 25 de septiembre de 1987, etc.).

(18) Tampoco se trata de profundizar en este tema. Baste aquí constatar la necesidad de plantear el problema y remitir a lo que luego se apuntará.

(19) En este punto es válida la descripción ofrecida por R. GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad*, cit., como resumen actualizado de las distintas doctrinas y jurisprudencia constitucional. Vid., por ejemplo, también el valioso intento de síntesis que ofrece J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., págs. 369 y ss., perspectiva crítica en que queda subrayado cómo «constituye uno de los puntos más complejos, difíciles y oscuros y confusos de toda la ciencia jurídica», «el nivel de confusión es extraordinario», «el problema es insoluble», etc.

(20) Bastaría mencionar las Leyes de Aguas y de Costas para constatar la polémica situación en que el tema se desenvuelve actualmente.

(21) Piénsese en toda la problemática —más o menos explicitada hasta hoy por la doctrina— del régimen de fuera de ordenación o, sobre todo, del de suspensión del otorgamiento de licencias con ocasión de la tramitación de una nueva ordenación urbanística, etc. En estos y en otros contextos de problemas se plantea el momento de la adquisición del derecho y, más precisamente, cuál sea el «derecho» que se adquiera. Con carácter general, así lo apunta, por ejemplo, entre nosotros, J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 372: «Es inútil buscar un criterio único que sirva de límite *a priori* a la retroactividad de las leyes, porque el problema no está en las leyes, sino en la naturaleza de las situaciones sobre las que dichas leyes recaen, que son, por definición, extraordinariamente variables y merecedoras de una protección muy diversa frente a normas innovativas. Los criterios abstractos elaborados por la doctrina no sirven sino para fundamentar *a posteriori* el prejuicio que el jurista se ha formado acerca de la necesidad de respetar o no la situación sobre la que la nueva norma incide (y, aun así, dichos criterios fallan estrepitosamente en muchos supuestos).»

3. *El ámbito posible de la retroactividad restrictiva*

Ahora bien, aun dando aquel ámbito generalizado a los derechos desde esa perspectiva indemnizatoria, *sigue planteado como problema* —ya que es distinto del anterior— *el tema propio de la retroactividad*. Esto es, el ámbito de la posibilidad misma de la eficacia retroactiva de las normas restrictivas de derechos. Presupuesto que se trata realmente de dar eficacia retroactiva a tales normas (problema anterior), y dado que lo apuntado sobre las consecuencias indemnizatorias de tales efectos presupone la admisión de tal retroactividad, el tema está en ver cuál sería su ámbito, ya que cualquiera que sea el sentido que se dé al término «disposiciones» del artículo 9,3 de la Constitución, lo incuestionable es que está prohibiendo la retroactividad misma, negando la posibilidad de —por así decirlo— «*comprar*» *al titular del derecho su sacrificio ante la retroactividad*. Se plantea así el problema del sentido y ámbito de la expresión «derechos individuales» a estos concretos efectos, y una vez ya constatada la generalización del término a efectos indemnizatorios. El tema es *también muy distinto del de las restricciones* —aunque fueran retroactivas— *del contenido esencial de determinados derechos* (posibilidad constitucionalmente cerrada: art. 53). Aquí la cuestión radicaría en la posibilidad de restringir el contenido reconocido en la normativa preexistente, pero que, por no ser esencial, puede ser modificado *ad minus*. Posibilidad clara si se utiliza el instrumento normativo adecuado, pero que se plantea como problema específico cuando aquella restricción se quiera extender retroactivamente.

Respecto de este concreto problema —una vez despejados sus temas accesorios—, no parece que la conclusión que ha acabado ofreciendo la jurisprudencia constitucional carezca de sentido, al extender la prohibición de retroactividad a las *Leyes* y limitar su ámbito sólo a los derechos de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la propia Constitución. Con ello, en el contexto que antes se proponía, resultarían cubiertos los demás derechos restringidos retroactivamente por leyes mediante el juego del principio indemnizatorio. Los derechos de esa sección de la Constitución, sin embargo, resultarían intocables por la retroactividad de leyes que los restringieran. Otros derechos igualmente constitucionales no tendrían este «amparo», permitiendo la virtualidad del juego del Estado Social.

Pero derechos como los de los artículos 15 a 29, aun pudiendo su contenido —respetando lo esencial— resultar variable, no podrían, sin embargo, ser restringidos retroactivamente. Con lo que, dado el contenido de estos derechos (derecho a la vida, libertad ideológica, etc.), no parece pueda resultar bloqueado el Estado Social, siendo, por el contrario, la incomodidad que para la sociedad representan las minorías amparadas por tales derechos una elemental carga impuesta por el Estado de Derecho (22).

Esto, por un lado, porque subsiste en toda su virtualidad argumental la negación de efectos retroactivos respecto de las *disposiciones «reglamentarias»* y con ámbito general en lo que a los derechos adquiridos se refiere: esto es, sin limitación. Constatado esto, en el marco de las líneas de investigación antes señaladas, sólo quedaría determinar cuándo y en qué supuestos podría hablarse de derechos adquiridos.

Aparte lo que luego se apuntará en relación con esto último, ahora baste señalar respecto de lo primero, tal y como hace el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, que aquella regla general está ya sólidamente arraigada en nuestra realidad administrativa y tiene un claro apoyo en el artículo 45 LPA. Si la Ley prohíbe a la Administración otorgar eficacia retroactiva a un acto singular, esto es, operar hacia el pasado en un caso concreto, y lo hace para proteger a los ciudadanos frente al riesgo de una agravación de su situación resultante de la mera voluntad de una organización subordinada, tanto más debe entenderse prohibida por las mismas razones la aplicación hacia atrás de esa misma voluntad cuando ésta pretende operar con carácter general respecto de todos los casos posibles. Los derechos adquiridos, las situaciones individuales ya establecidas en firme, no deben constituir un freno para la voluntad superior del legislador, supuesto el carácter abierto del sistema de ordenación social consagrado por la Constitución, pero sí han de seguir siéndolo necesariamente para un aparato organizativo que carece de otros poderes que los que aquella voluntad superior expresamente le confiere, entre los que no figura —en este caso por hipótesis— ésta de destruir por su propia virtud situaciones ya consolidadas. Por ello que la irretroactividad *in pejus* de los Reglamentos resulta así una consecuencia del propio principio de legalidad al que ha de acomodarse en todo caso la actuación de la Administración Pública (art. 103,1 de la Constitución). Sólo, pues, en los

(22) Tampoco se trata de profundizar en este punto. Vid. antes nota 10.

términos del artículo 45 LPA (retroactividad *in bonus*) es admisible la aplicación hacia el pasado de las normas reglamentarias (23).

El argumento es incuestionable sin necesidad de aducir una identidad de naturaleza entre acto y reglamento, ni de rectificar la interpretación del artículo 9,3 de la Constitución, según vimos. Este comprendería todo tipo de «disposiciones», aunque para prohibir la irretroactividad de las disposiciones reglamentarias fuera de ese ámbito, respecto de cualquier derecho ya «adquirido», sería necesario constatar que estaría prohibida al prohibirse, precisamente, respecto de los actos en la legislación ordinaria (por ejemplo, el citado art. 45 de la Ley de Procedimiento de 1958) y, además, al prohibirse en la propia Constitución la retroactividad de los Decretos legislativos. En efecto, si el artículo 83,b) de la Constitución prohíbe que las leyes de bases faculten al Gobierno para dictar normas retroactivas en el texto articulado que las desarrolle, un simple razonamiento *a maiore ad minus* permite afirmar que si el Gobierno no puede dictar normas retroactivas en un texto articulado, que posee rango de Ley, y con la habilitación expresa para ello de las Cortes Generales, con mucha menos razón podrá hacerlo en un simple reglamento (24).

Por demás, las pretendidas excepciones a la regla general de la irretroactividad restrictiva de los reglamentos (de los de organización y procedimiento o de los ejecutivos e interpretativos) o son más que nada aparentes o encubren equívocos inadmisibles (25).

En este punto, en definitiva, cabe advertir la concurrencia de un mismo régimen jurídico para las actuaciones en sentido amplio de las Administraciones públicas, tanto si se concretan en actos como si se articulan en disposiciones reglamentarias. A su vez, queda resaltada la diferencia entre los efectos derogatorios de nuevas disposiciones y los derivados de la revisión de reglamentos por moti-

(23) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., págs. 86 y ss. Menos tajante —paradójicamente, dado que teóricamente, como veremos, aproxima más reglamento y acto administrativo— es la posición de F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., pág. 454.

(24) No obstante, aquí la conclusión (asimilación del supuesto al de los reglamentos) no sería tan nítida: la prohibición podría tener su fundamento en la circunstancia de poder la retroactividad operar en tales casos sobre situaciones legales; no en que se trate de una disposición procedente del ejecutivo, sino en que, además, tal disposición puede derogar disposiciones legales propiamente dichas. (Empero, la primera interpretación parece más correcta.)

(25) Vid., por ejemplo, la sintética argumentación de J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., págs. 377 y ss.

vos de legalidad a que antes se aludió (26). E incluso cabría notar (en esta misma línea) cómo también la eficacia retroactiva que pretendiera darse a un nuevo acto o disposición dictado para cubrir el vacío dejado por aquella revisión, tendría aquel mismo límite general. Ello hasta el punto que constituye un supuesto contemplado en la misma norma (el art. 45,3 de la Ley de Procedimiento de 1958).

4. *El (pre)supuesto de los derechos adquiridos*

Por lo que se refiere a la *determinación material de los supuestos en que pueda efectivamente hablarse de derechos adquiridos* constituye un tema distinto del anterior, más general y, al tiempo, su presupuesto lógico, tal y como antes quedó señalado. De la respuesta que al mismo se dé dependerá el alcance de la eficacia en el tiempo de los reglamentos (ya que tales derechos constituirán en todo caso el límite de su eficacia retroactiva). Pero el tema sería también trasladable a las disposiciones legales: en general, más que para limitar la retroactividad —según vimos—, para dejarlo abierto al principio indemnizatorio; respecto de concretos derechos constitucionales —según también vimos—, incluso a esos mismos efectos limitativos de la retroactividad propiamente dicha, si es que para los mismos tiene sentido aquella categoría (27).

En cualquier caso, el punto de partida viene dado por una doctrina científica ya consolidada jurisprudencialmente (28) y radica en la distinción entre situaciones jurídicas objetivas y subjetivas, respectivamente, cuya formulación no puede ser más simple en el plano teórico y tiene versiones ya clásicas (29). Las situaciones objetivas, legales o reglamentarias, son generales y configuran *status* jurídicos de todas las personas a las que se refieren y no son efecto de un acto eventualmente existente, acto que no es más que una condición de la aplicación de la Ley misma. Si una Ley modifica

(26) Baste la remisión a cuanto antes se dijo. En especial, respecto de los reglamentos, el trabajo de R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad*, cit. nota 6.

(27) Quizá fuera interesante ver desde esta óptica —y así valorarla— una jurisprudencia constitucional poco favorable a admitir esos derechos como «adquiridos».

(28) Incluso en sede constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia de 29 de julio de 1986 (LOPJ) o en la de 21 de mayo de 1987 (Presupuestos 1984).

(29) Así, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 87.

estas situaciones no por ello puede decirse que tenga efectos retroactivos, ni que perjudique derechos preexistentes. No tiene efectos retroactivos, porque la modificación es para el futuro. No perjudica derechos preexistentes, porque nacida de la Ley y no del acto, ha de seguir todas las vicisitudes de la Ley, frente a la que no cabe esgrimir derecho alguno. Las situaciones jurídicas subjetivas son, por el contrario, situaciones individuales, especiales y temporales. Su extensión y su alcance son determinadas por un acto o negocio jurídico, no directamente por la Ley, que se limita a hacer posible la conclusión de ese acto o negocio (un contrato, por ejemplo). Este negocio singular e individual no puede ser afectado por la norma posterior. Para que pueda hablarse de derechos adquiridos propiamente tales, es necesario, por tanto, que se trate de situaciones subjetivas. Las situaciones simplemente objetivas, generales, estatutarias, no dan lugar al nacimiento de verdaderos derechos inmodificables, sino que son esencialmente sustituibles a través de regulaciones nuevas (30).

Constatado este punto de partida, queda de relieve, por tanto, la distinción que antes se trazó entre acto y disposición reglamentaria, o en general normas, al tiempo —según ya se adelantaba— que el problema, más que en el paradigma que aquella distinción sugiere, donde se plantea es en su aplicación práctica, en su concreción. Las recientes críticas que contra aquella doctrina se vienen produciendo (31) quizá puedan responder más a la necesidad de un nuevo desenvolvimiento de aquellos términos que a su negación radical. Quedarían así abiertas posibilidades a una investigación más particularizada de supuestos concretos, por ejemplo, en la línea de ver hasta qué punto la contraposición norma-actuación concreta es determinante al efecto de la adquisición de los derechos en ellas contemplados (32). Tales supuestos, además, impondrán un análisis par-

(30) El tema puede referirse también a los efectos indemnizatorios cuando se trate de Leyes (según vimos), sin perjuicio de que simultáneamente pueda plantearse en situaciones administrativas complejas (por ejemplo, reestructuraciones orgánicas con incidencia en la relación funcional de servicios, etc.).

(31) Por ejemplo, F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 214 y ss., y pese a su expresa llamada a «una urgente revisión de esa doctrina creada y desarrollada por Duguit y recibida acriticamente en España», u otras afirmaciones como «sofisticada teoría», «argumento puramente verbalista de calificar determinados actos administrativos actos condición», etc.

(32) Al tema se aludió antes (nota 4). Tales supuestos cabría encauzarlos en una categoría en cierto modo paralela a la —positivizada, aunque a otros efectos— de «disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un acto de requerimiento o sujeción individual» (art. 39.3 y correlativos LJCA).

ticularizado de la existencia y ámbito respectivo de las problemáticas relaciones especiales de sujeción (33).

IV. INDEROGABILIDAD SINGULAR Y RESERVAS DE DISPENSACIÓN

1. *Planteamiento y fundamento de la inderogabilidad singular*

Otro de los puntos de referencia que aportan una útil perspectiva para un concepto descriptivo de Derecho Administrativo es el que nos proporciona el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos. Una perspectiva y visión de nuestro ordenamiento que, además, *completa el panorama hasta ahora contemplado como una secuencia lógica de lo anterior*.

Según se acaba de ver, el también principio general de la irretroactividad *in peius* de los reglamentos cerraba a éstos la posibilidad de incidir, retroactivamente, sobre «derechos adquiridos». Los términos de la actual polémica en este tema estaban, al tiempo que en la amplitud y consecuencias de la expansión del principio a las disposiciones no reglamentarias, precisamente, en el concepto mismo de «derecho adquirido». Concepto que significativamente acababa reconduciendo a la distinción —y al tiempo relación— entre reglamento y acto (34). Y esta contraposición entre reglamento y acto tenía como primera consecuencia la distinción entre derogación y revocación: frente a la rigidez del acto, los reglamentos, en cuanto normas, no representaban el obstáculo de los actos propios; el reglamento posterior, de igual por lo menos o superior jerarquía, derogaba al anterior.

Pues bien, en este contexto lo que el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos supone es lisa y llanamente

(33) Si es que pudiera afirmarse tal categoría. En España tuvo su punto de partida en el estudio monográfico de A. GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, núm. 34 de esta REVISTA. Otros autores dudan en la virtualidad actual de la distinción en dos tipos globales y distintos de los administrados y relaciones de poder, supremacía o sujeción «que, en caso de utilizarse, no poseen más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin precisión alguna dogmática: algo así como clasificar los seres humanos en altos y bajos, gordos y flacos o buenos y malos» (*sic*). J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., págs. 869 y ss.

(34) Es lo que late bajo la contraposición entre situaciones objetivas y subjetivas. Con ello se volvía al planteamiento inicialmente apuntado: derogación frente a revocación y —dentro del concepto mismo de retroactividad como revocación— la contraposición entre actos administrativos según sean o no actos condición, esto es, el concepto mismo del acto.

una vuelta otra vez al principio; desde el momento en que se constata su fundamentación más allá de la mera literalidad de los preceptos del Derecho positivo. Veámoslo sucintamente.

El artículo 1.º de la antigua Ley de lo contencioso 1888-1894-1952 daba pie a la inderogabilidad singular al aceptar como materia de recurso las «resoluciones administrativas... que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un *Reglamento u otro precepto administrativo*». La jurisprudencia producida bajo el imperio de esta Ley no tuvo por ello dificultad en sostener el criterio de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, de que apenas llegó a hacerse cuestión. Como declaraciones más expresas, entre otras, las Sentencias de 31 de mayo de 1930, 4 de diciembre de 1933, 17 de febrero de 1936 y 12 de abril de 1943, en las que se opone claramente la facultad de dictar y derogar Reglamentos por vía general y la imposibilidad de exceptuar éstos en casos singulares (35).

Esta pacífica admisión de la inderogabilidad singular, así como su más clara positivación en el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de 1957 o, antes, en el artículo 11.2.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y también en el 19 de la Ley General Tributaria, etc., más que impedir, lo que pide es una fundamentación, aunque sólo fuera por la circunstancia de llegar a interferir la cadena jerárquica de la Administración, impidiendo incluso que órganos superiores deroguen lo dispuesto por sus inferiores. *Paradójicamente* resultaría que en el ámbito de aplicación de ese principio *los reglamentos ofrecerían una rigidez inusitada*. Y ello incluso sin necesidad de que concurra derecho adquirido alguno como obstáculo, como sucedía con la irretroactividad. Aquí, en todo caso, y a pesar de tratarse de la situación más claramente objetiva, en cuanto reglamentaria, no cabría la derogación singular.

Tal es la formulación positiva y real del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos.

De lo que se acaba de subrayar se desprende, por tanto, la insuficiencia que una *fundamentación del principio y regla* de la inderogabilidad singular en la teoría de los derechos adquiridos, pese

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, núm. 27 de esta REVISTA, y en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, pág. 271, de donde se cita. Menos clara pero muy anterior a las sentencias citadas sería la de 20 de febrero de 1856. A. NIETO, *Estudios históricos*, cit., pág. 181.

al valor histórico de la misma, incluso en este aspecto (36). Ahora bien, salir de ese concreto ámbito para encontrar el fundamento propio de aquella inderogabilidad en escuetas afirmaciones como las propuestas por O. MAYER, por abstractas, igualmente resultaría insuficiente. Pese a lo sugestivo de la afirmación de que «es una cualidad jurídica del poder ejecutivo estar ligado a las reglas del Derecho que él encuentra», tal afirmación, como fundamentación, resulta insuficiente, porque ¿de qué le viene, en efecto, a la Administración esta extraña cualidad atractiva, esa pegajosidad hacia cualquier norma con que se tope en sus múltiples caminos, dónde está la razón de ser y la estructura interna de esa suerte de campo magnético fatal y automático? Esta doctrina exacerba, no sólo no sacia, nuestra curiosidad por comprender el fenómeno (37).

Por demás, la intensificación de la justificación de la inderogabilidad, ya en ese ámbito propio y no limitado al de la existencia de derechos adquiridos, tampoco acaba resultando convincente si (caso de ZANOBINI) se parte de la consideración de ser esa derogación singular ejercicio de la potestad reglamentaria y la argumentación se encauza en la búsqueda de una prohibición para tal derogación en principios generales de Derecho Constitucional y en la división de poderes más concretamente (38). Los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica (arts. 14 y 9,3 de nuestra Constitución), por ejemplo, aunque permitirían cerrar la posibilidad a la Administración a incumplir sus reglamentos (ya que, al convertir el contenido de estos en meramente indicativo, haría imposible para el ciudadano prever el comportamiento concreto de aquélla) (39), sin embargo, podría ser igualmente predicable respecto de otros poderes (40). A su vez, apelar simplemente a la división de poderes no bastaría para justificar esa diferencia de régimen jurídico entre reglamento y Ley.

El fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos pasa necesariamente por una *doble contraposición* de éstos res-

(36) Ya que fue esta doctrina de los *iura quaesita* la que sostuvo la invalidez de los *rescriptos contra ius*, una de las primeras manifestaciones de la sumisión del poder al Derecho en un importante sector de las relaciones con los súbditos y en este ámbito paralelo casi exacto de la inderogabilidad singular de los reglamentos. El tema, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., págs. 275 y ss.

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., pág. 278.

(38) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., págs. 280 y ss.

(39) En tal sentido, J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes*, cit., pág. 146. Cfr., sin embargo, del mismo autor, *Fundamentos*, cit., pág. 735.

(40) Tal es la posición de F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 208 y ss., donde sostiene «la inderogabilidad singular de la ley».

pecto de los *actos* administrativos y respecto de las *leyes* como manifestación del poder legislativo, pero esto en un muy concreto sentido.

Lo primero —que a su vez presupone la doctrina de las potestades, según veremos— significa lisa y llanamente que el obstáculo para esta derogación no está, como en el tema de la retroactividad, en la actuación preexistente, sino en la subsiguiente articulación de esa derogación: no mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino a través de un acto administrativo. El fundamento de la inderogabilidad no es otro que el *principio mismo de legalidad* (41). Si los poderes de la Administración han de ser conferidos por el ordenamiento, ella misma puede autoatribuirse los mediante la potestad reglamentaria, siempre que ésta se mueva, naturalmente, dentro de su ámbito propio. Esta posibilidad de autoatribución de potestades por la Administración es importante; pero no es menos importante la precisión de que ha de ser hecha, precisamente, a través de la creación de Derecho objetivo (puesto que es siempre el Derecho objetivo la fuente de atribución de potestades administrativas), es decir, en este caso, mediante un reglamento, sin que quepa el sistema de apropiación casuística y ocasional de potestades (42).

En definitiva, todo el supuesto misterio del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos como contrapuesto a su libre derogabilidad general, está en la *diferencia de planos* en que una y otra derogación se sitúan. La derogación general es posible porque emana de una potestad modificativa del ordenamiento —la potestad reglamentaria—, que la Administración tiene atribuida en términos formales. En cambio, para ir en un caso concreto en contra de un reglamento general, la Administración no tiene potestad, porque es el propio reglamento el que atribuye, en los límites que su régimen establezca, la potestad de actuar en la materia que regula, y es manifiestamente una ilegalidad tratar de utilizar esta potestad para contravenir el propio reglamento. El mismo argu-

(41) En el sentido ya antes adelantado y que luego se delimitará más concretamente, aunque sólo en algunos de sus grandes rasgos.

(42) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., pág. 293, que añade que «la negación del *quod principe placuit legis habet vigorem*, en cuanto al régimen de la Administración actual, se articula en esta dimensión profunda del principio de la legalidad y no desnudamente en la pura valoración política; o, si se quiere, esta valoración política se expresa a través de la técnica general de la legalidad que estamos exponiendo, pero no hay por qué hacerla irrumpir, según la exposición de Zanobini, como una singularidad en un punto concreto dentro del sistema general».

mento de la falta de potestad sirve para explicar por qué una autoridad superior no puede ir singularmente contra el Reglamento dictado por autoridad inferior (43).

Esta contraposición (dentro de la actuación administrativa en sentido amplio) entre actos y reglamentos, a su vez, contrasta con el carácter indistinto con que los productos emanados del Poder legislativo aparecen. Esta nueva *contraposición entre reglamento y Ley*, al sobrepasar los límites de un simple paralelismo entre normas, presupone e impone una *fundamentación complementaria* que, por las mismas razones apuntadas, no puede quedarse en la pura valoración política (44). Pues bien, como señala el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, si es siempre cierto que un estudio profundo de cualquier institución redescubre necesariamente en su interior los datos primarios del ordenamiento, que en cuanto tales son universalmente operantes como textura de la realidad y no se reducen a meras abstracciones artificiosas, esto en el Derecho Administrativo se cumple especialmente a propósito de ciertas instituciones que, como la que nos ocupa, permiten contemplar unitariamente el comportamiento de la Administración. Y, en efecto, del principio de legalidad cabe con toda naturalidad inferir, y la conclusión es de primer orden, que la Administración se comporta ante el Derecho al modo de un sujeto, de una persona jurídica, y no propiamente, según se ha pretendido tradicionalmente, como si fuese precisamente un tipo objetivamente determinable de función estatal. *El ordenamiento afecta a la Administración considerando a ésta primariamente como un sujeto*, y de ninguna manera como una función (45). Una «sujeción» que, significativamente, cobra pleno sentido al hacer referencia a la actuación administrativa concreta, según veremos, y que aquí se manifiesta en la anterior distinción entre reglamento

(43) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., pág. 294, con la sugerente puntuación (por nota) de que «esta justificación sirve también para explicar los límites de este principio de la sumisión del superior al Reglamento del inferior a propósito de las meras instrucciones de servicio; con independencia de que éstas no constituyen verdadero derecho objetivo, aun cuando adoptasen forma reglamentaria estricta, la instrucción de servicio de un inferior a sus subordinados no desapodera de la potestad directiva jerárquica del superior, por lo que éste sigue siendo titular de potestad por encima de las regulaciones de tal instrucción. En este caso límite, a mi juicio, lo que ha prestado su equivoco especial al problema de la sumisión del superior al Reglamento del inferior en la doctrina de la inderogabilidad singular, así como la salvedad que de la misma hace la escuela alemana a favor de los *Verwaltungsverordnungen* o reglamentos organizatorios».

(44) Ni tampoco puede quedarse en el plano de principios generales como el de igualdad (vid. nota 40), so pena de negar esa contraposición entre Reglamento y Ley.

(45) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones*, cit., pág. 296.

y acto. Y una «subjetivación» que igualmente cobra todo su sentido al contraponerla como propia de la Administración pública a los otros poderes orgánicamente emplazados fuera del ejecutivo.

Este punto clave en la conceptualización del Derecho Administrativo, impone como lógica, presupone y explica la distinta realidad positiva a que responde la inderogabilidad singular según se pretenda actuarla desde el ejecutivo o desde el legislativo. Frente al principio y regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 30 LRJ) no hay equivalente respecto de las leyes. Ciertamente que principios generales como los antes apuntados de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad e igualdad fijados positivamente en la Constitución como reglas también referibles expresamente a todos los poderes públicos, limitarán la posibilidad de leyes singulares. Pero se trata precisamente de límites a esa posibilidad de derogar singularmente, que resulta implícita pero claramente recogida en nuestro Ordenamiento (46) y que no puede tener otra fundamentación institucional que la señalada.

Que ello sea así —y debe reconocerse que así lo es— queda patente desde distintas perspectivas que no cabe ahora adelantar, pero en un problema concreto cabe advertir inevitablemente: *las reservas de dispensación*.

2. *El problema en las reservas de dispensación*

Si se parte, en efecto, de las anteriores coordinadas, no cabe desorientación ante una respuesta como la de la *nulidad* de tales reservas, como principio general. Ahora bien, desde el momento en que aparezca difuminada no sólo la distinción entre acto y reglamento administrativo, sino incluso la misma caracterización subjetiva de la Administración frente al poder legislativo, resultará más difícil de justificar algo que parece, en pura lógica, *indiscutible*: que si no resulta posible derogar singularmente un previo reglamento, igualmente imposible y más criticable resultaría que desde antes y con carácter general el reglamento contemplara tal posibilidad. *No obstante, la posibilidad se ha sostenido*, diciendo, por ejemplo, lo siguiente (47): que «cuestión distinta a las precedentes,

(46) Una valiosa síntesis del tema, en J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes*, cit., págs. 405 y ss., *passim*; *Fundamentos*, cit., págs. 525 y ss.

(47) J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes*, cit., pág. 146 (análogamente, en *Fundamentos*, cit., págs. 736 y ss., donde incluso se plantea la posibilidad de «reglamentos singulares»).

y de mayor complejidad, es la de si el propio reglamento puede autorizar a la Administración a incumplirlo o dispensar de su observancia en casos concretos. En ocasiones, ésta es una posibilidad directa y tajantemente proscrita por la Ley, como ocurre en materia urbanística (prohibición de incluir reservas de dispensación en los Planes, art. 57,3 LS). Con carácter general, sin embargo, y en defecto de prohibición legal expresa, dichas autorizaciones han de reputarse admisibles, con dos límites: primero, que la potestad de dispensa no sea genérica e incondicionada, esto es, que sea prevista para casos concretos de justificada excepción cuyo diseño abstracto no resulte posible llevar a cabo en el propio reglamento; y, segundo, que la descripción de los supuestos para los que se prevea la excepción no vulnere el principio de igualdad ante la Ley ni se base en elementos discriminatorios constitucionalmente prohibidos (art. 14 CE)».

Este tema de las reservas de dispensación, al ofrecer otra perspectiva, realmente permitiría confirmar las anteriores líneas o replantear los términos iniciales del problema. En la admisión de esa posibilidad —al igual que otros problemas jurídicos— cabría advertir un doble aspecto argumental: el práctico y el teórico. *En la práctica*, en efecto, podría resultar excesivo imponer aquella rigidez, cuando *a priori* ya se advierte que resultaría insatisfactorio en determinados casos, también *a priori* imprevisibles. Teóricamente, sobre la base de considerar que la reserva se articula precisamente al ejercer la potestad reglamentaria (a diferencia de la derogación singular) y no utilizar el dato de la personalidad jurídica para contraponer las respectivas posiciones de la Administración y del poder legislativo, igualmente podría justificarse tal conclusión (48). Ahora bien, si se parte de las coordenadas que antes se fueron señalando, la conclusión sería otra y además bien matizada. Baste apuntarlo.

Por un lado, sería difícilmente justificable la distinción de ambos supuestos, ya que la reserva de dispensación lo que estaría es intentando habilitar a la Administración y dar cobertura para una derogación singular del reglamento (o más derogaciones, cuantas decida la propia Administración). Y dado que está tajantemente prohibida esta derogación singular, el reglamento, en tanto la ad-

(48) Quizá J. A. SANTAMARÍA (que partió de esta base teórica), aunque no lo explica, se haya movido en esas coordenadas. Así, por ejemplo, en *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales, una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas*, «R. D. Pol.», núm. 9 (1981); *Apuntes*, cit.; *Fundamentos*, cit., *passim*.

mitiera, sería en ese punto nulo de pleno derecho. Ello, no sólo por contradecir normas superiores, sino más específicamente porque al ser dicho reglamento producto del sujeto mismo destinatario al que se le prohíbe derogar singularmente estaría utilizando esa potestad reglamentaria de modo que no sería tal (49). Aunque formalmente el reglamento apareciera como tal, en ese punto concreto, lo que estaría disponiendo es algo contrario a la misma potestad reglamentaria (50).

Lo que sí resulta ser un tema efectivamente distinto del de las reservas de dispensación es el de la atribución de potestades discrecionales (51), ya que la reserva lo que niega es el contenido mismo del reglamento al permitir a la Administración no darle efecto vinculante en determinados casos, pese a establecerlo con carácter reglado. Esa contradicción es la que prohíbe el Ordenamiento, a diferencia de los supuestos de discrecionalidad, en los cuales sí operarán como límites esos principios más generales, como el de igualdad. Además, también sería un tema distinto el de las situaciones en sí excepcionables (por ser excepcionales), ya que acabarían imponiendo su realidad jurídica, tanto si el reglamento o norma en general lo hubiera dicho, como si ni siquiera lo hubiera previsto (52).

(49) En otras palabras, resultaría artificiosa la disección y separación de esa doble condición de la Administración, como poder público y como sujeto. Este tema así lo hace ver, si se tiene en cuenta la realidad (objetiva y subjetiva) con superación de los criterios puramente formales.

(50) La (auto) reserva por la Administración de la posibilidad de dispensar (derogar) singularmente su simultánea reglamentación de una materia no sólo no sería ejercicio de su potestad reglamentaria, sino una actuación contraria (contradictoria) con la misma.

(51) No se trata aquí de entrar en este tema de la valoración y alcance de la discrecionalidad que las normas reconozcan a la Administración, sino de subrayar su distinción con el de las reservas de dispensación.

(52) Su fuerza vendría de la realidad, no del reglamento previo. La valoración de tales excepciones, más que en relación con lo previsto en normas positivas concretas, acabará, en definitiva, haciéndose en función de la fuerza jurídica de lo fáctico en el Ordenamiento. Tampoco se trata aquí de entrar en este tema, quizá el de más actualidad de los del método jurídico.

V. PERSPECTIVAS QUE OFRECEN OTROS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA Y JERARQUÍA. EL ÁMBITO ORGANIZATIVO Y EL JURÍDICO-PRIVADO

1. *Planteamiento*

Trazar el respectivo alcance de límites como la irretroactividad o la inderogabilidad singular presupone —según se ha intentado dejar esbozado— una labor de destilación de la esencia contenida en la realidad sustancial que, respectivamente, Ley, reglamento y acto administrativo significan en nuestro Ordenamiento. Ello al tiempo supone una descripción de este Ordenamiento jurídico-administrativo de especial interés, ya que la visión que del mismo se obtiene simultáneamente permite apreciar aquellas diferencias (53) y contemplarlas como elementos de un mismo conjunto fáctico-jurídico (54).

En cualquier caso, en el plano teórico y con referencia a los reglamentos que sobrepasaran tales límites (55), la sanción de nulidad aparece como consecuencia indiscutida. Ello, a su vez, proporciona —mediante la aplicación de la doctrina de la nulidad de pleno Derecho— una nueva perspectiva a aquellos límites, tanto en relación con las actuaciones que pretendieran ampararse en la ejecución de aquéllos (56) como respecto de la diferenciación del correlativo régimen de los actos ilegales, informado por el criterio general de la anulabilidad (57).

(53) En la irretroactividad, el régimen jurídico asimilaba reglamento y acto administrativo frente a la Ley; en cuanto a la inderogabilidad singular, servía para poner de manifiesto la diferencia entre acto y reglamento, ya que era sobre la misma que operaba tal límite, a su vez determinante de la distinta realidad cualitativa a que reglamento administrativo y Ley institucionalmente responden. Aparte la también señalada interrelación de unos planos sobre otros, caso, por ejemplo, de la aludida «ilegalidad sobrevenida».

(54) Ya que en la lógica y coherencia del Ordenamiento, además del sistema —y como cualidad consustancial al mismo— opera la propia fuerza de los hechos, de lo concreto. Así quedaba apuntado (con algunas breves alusiones, por ejemplo, a la relación acto-norma o a la excepcionalidad como modulación de lo normativo), al tiempo que se señalaba como tema propio del METODO.

(55) Queda aparte, aquí, el tema en relación con las leyes en sentido estricto. Con posterioridad se harán algunas precisiones en cuanto se entiendan necesarias (vid., por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes*, cit., págs. 325 y ss.; *Fundamentos*, cit., págs. 419 y ss.).

(56) Tema ya antes apuntado. Baste la referencia antes hecha (nota 6).

(57) Anulabilidad, como regla general de la invalidez de los actos administrativos —contrapuesta también al criterio general del Código Civil (art. 6.3)—, en que no es preciso insistir y que tampoco procede ahora concretar en ese específico contex-

Ahora bien, lo que está por ver es: si aún referida la ilegalidad a los reglamentos cuando son otros los límites que sobrepasan se sigue manteniendo esa misma conclusión; así como cuáles sean estos otros límites y su respectivo alcance. Estos extremos —al igual que los antes trazados— igualmente van a proporcionar una piedra de toque que permita calibrar las aportaciones a nuestro Derecho, confirmando una vez más la relevancia práctica de problemas teóricos doctrinalmente resueltos e impuestos.

Límite, consustancial a toda actuación en sentido amplio de la Administración, es el que representa el *procedimiento*; que, a su vez, también en sentido amplio, comprendería el tema de las *competencias* que en el mismo se articulan (58).

Pues bien, va a ser este límite procedimental, con las referencias que proporciona, el que haga ver la polémica antes apuntada y que se desarrolla sobre la base del relativo alcance de la distinción entre acto administrativo y reglamento.

Por un lado, la referencia al tema de la competencia veremos que sugiere aquí un planteamiento bien distinto que el que impone el régimen de los actos. Por otro lado, el procedimiento, en su más formal manifestación, como límite que una vez sobrepasado impone concretas consecuencias, viene siendo uno de los puntos de encuentro de problemas teórico-prácticos y de las respectivas teorías en función de la asimilación del supuesto al de los actos o al de las consecuencias (nulidad de pleno Derecho) de la infracción de otros límites del reglamento.

2. La sanción a los vicios de procedimiento

Este *aspecto* puede considerarse *paradigmático*. A las importantes derivaciones prácticas de la opción entre anulabilidad o nulidad de los reglamentos por este motivo (59) se suma el planteamiento del problema no como una simple interpretación del derecho positivo (60), sino como aplicación y comprobación de *teorías radical-*

to. Vid., por ejemplo, la clásica síntesis de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la LPA*, artículos 47 y ss.

(58) Tampoco se trata de insistir en esta perspectiva. Vid. el ejemplo reciente de su utilización en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, Madrid, 1988, págs. 156 y ss., 377 y ss., etc.

(59) Específicamente en relación con la posibilidad de recurso «indirecto». Cuya fundamentación técnica o dogmática estaría en su nulidad absoluta.

(60) En especial del apartado 2 del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

mente opuestas en sus planteamientos respecto de la actuación administrativa. Aparte otras manifestaciones más concretas, permítase una referencia literal a los más autorizados exponentes de las mismas.

Uno sería el siguiente: «Esa actuación habilitada por las potestades administrativas es sustancialmente de cinco clases, atendida su naturaleza jurídica: reglamentos (fruto de la potestad reglamentaria), actos administrativos *stricto sensu* o declarativos, contratos, ejercicio de la coacción y la llamada actividad técnica de la Administración. Podría intentarse una teoría general de las cuatro primeras formas como una manifestación de actividad reflexiva de la Administración con efectos jurídicos; sería una teoría del acto jurídico en Derecho Administrativo, utilizada esa categoría en un sentido abstracto y general. Sin embargo, aunque la categoría fuese legítima, tendría que moverse para ser correcta en un grado de abstracción excesivamente amplio para poder comprender especies tan diversas, amplitud que eliminaría buena parte de su utilidad. Pues, en efecto, tales especies están dotadas de una tan poderosa individualidad que aconseja su estudio complejo y separado; aunque tengan, como es obvio, elementos comunes (ser ejercicio de una potestad, competencia, requisitos, etc.), nada gana la teoría del Reglamento con la inclusión de esta figura al lado del acto administrativo *stricto sensu* o del contrato, y más bien los riesgos de confusión resultan superiores. El reglamento es un acto ordinal que crea Derecho; el acto o el contrato se limitan a aplicarlo, son actos “ordenados”; por fuerza los regímenes respectivos han de diferir y difieren en puntos sustanciales» (61). La nulidad de pleno Derecho, en todo caso, de los reglamentos no sería, así, sino una manifestación más de esa distinta naturaleza jurídica, tal y como viene sosteniendo el propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA desde hace años precisamente en polémica con el planteamiento inverso (62).

(61) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 452, donde se añade que «a su vez, entre declaraciones y ejecuciones, cuyo género común se estudia en el Derecho Procesal, se dan en el ámbito del Derecho Administrativo diferencias tan graves que, antes de subrayar la teoría común, resulta inexcusable insistir sobre los respectivos rasgos diferenciales; diríamos que estas figuras no se nos aparecen como especies de un mismo género, sino como términos de una verdadera oposición dialéctica». Este último tema aparte, ahora, con referencia a la contraposición acto-reglamento, se trata de ver análogamente su relativo alcance en el punto concreto al de nulidad por motivos de procedimiento.

(62) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, en el núm. 29 de esta REVISTA (1959), y en «Legislación delegada y control judicial», en *Legislación delegada*, cit. (donde se

El otro planteamiento se debe, entre nosotros, a F. GARRIDO FALLA: «entendemos que el acto-regla de la Administración o reglamento administrativo debe incluirse en el concepto genérico del acto administrativo. El régimen jurídico-administrativo es igualmente aplicable a unos y a otros (los generales y los especiales) y esto es lo que, a nuestro juicio, importa» (63). Un planteamiento que impone una conclusión distinta en el tema y correlativa polémica doctrinal (64).

Baste añadir a este respecto la perspectiva que con posterioridad ha ofrecido R. GÓMEZ-FERRER, al referirse a este concreto punto, porque aun llegando a la conclusión de la nulidad absoluta, sin embargo, lo consigue replanteando los términos del problema: «nada autoriza a suponer que el legislador identifica la disposición general con su contenido prescindiendo de los demás elementos que la constituyen. La disposición general es un acto jurídico de la Administración que está constituido por diversos elementos (competencia, procedimiento, fin, contenido, forma, etc.); por ello, la disposición general es contraria a la Ley —y, por ende, nula de pleno derecho— cuando vulnera cualquiera de tales elementos; y como la competencia y el procedimiento para dictar disposiciones generales están regulados por la Ley, su infracción por una disposición general da lugar a que ésta deba calificarse como nula de pleno derecho» (65). Ahora bien, ¿constituye un efecto proporcionado el que una infracción del procedimiento dé lugar a la nulidad de pleno derecho de la disposición? Para responder a este interrogante debe tenerse en cuenta que las normas de procedimiento son garantía

recoge también el anterior trabajo), en especial págs. 13 (nota 16) y 279 (nota 26); y en el *Curso*, I, cit., en especial pág. 219.

(63) F. GARRIDO FALLA, hoy en *Tratado*, I (10.ª ed., 1987), cit., pág. 390, y ya antes en las sucesivas ediciones del *Tratado* y, antes, en *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, y, antes, en *La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, núm. 6 de esta REVISTA (1951).

(64) En la que las posiciones siguen manteniéndose tal y como quedaron inicialmente fijadas. Vid., por ejemplo, F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., pág. 415, donde (por nota) se reitera en sus reservas «en cuanto a la pretendida nulidad absoluta de las disposiciones reglamentarias».

(65) R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad de reglamentos*, cit., págs. 388 y 391, donde señala cómo problema distinto es el de determinar si el vicio de procedimiento se ha producido realmente. Sobre éste, J. BERMEJO, *La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, «REDA», núm. 30. Estos temas siguen estando de plena actualidad con ocasión de una serie de SSTs debidas a la ponencia del Magistrado GONZÁLEZ NAVARRO, en relación con los informes internos. Cfr., sin embargo, en relación con la audiencia corporativa su rigurosa exigencia y expresa sanción de nulidad en la STS de la Sala de revisión de 12 de mayo de 1988 (Ponente: Mendizábal), entre otras.

de la legalidad, acierto y oportunidad, en el ejercicio de una competencia de interés público tan relevante como la normativa, que exige una especial reflexión en la formación de la voluntad de la Administración, evitando las improvisaciones, el fácil recurso a la modificación o derogación inmediata de la norma, y la tentación de ir complicando el Ordenamiento con multitud de disposiciones que hacen difícil —por no decir imposible— su conocimiento por los destinatarios (no digamos su cumplimiento, que exige el conocimiento previo), con el consiguiente descrédito de la norma (66).

En definitiva, queda así de relieve la importancia que el procedimiento tiene en el específico contexto de la producción normativa (67) determinante de esa nulidad absoluta, indiscutida cuando se trata de otros vicios (68), pero que igualmente resultaría matizada en sus consecuencias por la Doctrina del Ordenamiento Jurídico (69).

3. Competencia y jerarquía

Por lo que se refiere al tema —era el otro apuntado— de las competencias, igualmente ofrece unas perspectivas de especial interés. De entrada, porque atendiendo al principio de jerarquía y al contenido normativo con que se pretenda introducir innovaciones en el Ordenamiento, lo que se está es advirtiendo aquella relación jerárquica entre normas en función del órgano del que emanan,

(66) R. GÓMEZ-FERRER, *Nulidad de reglamentos*, cit., pág. 391.

(67) Subrayada incluso por la filosofía del Derecho más actual. Tampoco se trata de profundizar en este punto.

(68) Respecto de los cuales la constatación siguiente no ofrece la más mínima duda: «si se diese eficacia a un Reglamento que está en contradicción con una Ley, ello supondría negar esa misma eficacia a una Ley en pleno vigor, concretamente a la Ley infringida por dicho Reglamento. Para evitar que esa consecuencia extrema se produzca, para preservar a las Leyes frente a las agresiones o las usurpaciones de su competencia que pueden venirles por parte de los Reglamentos, es por lo que el Ordenamiento jurídico establece para los Reglamentos ilegales la sanción máxima de nulidad radical, que los hace inicial y perpetuamente ineficaces, “de pleno derecho”, sin que tenga que mediar para ello ninguna acción previa ni ningún pronunciamiento de cualesquiera autoridad, administrativa o judicial. Otra cosa sería primar a los Reglamentos frente a las Leyes, hacer a éstas subordinadas de aquéllos, lo que supondría la más grave transgresión de las bases del Ordenamiento» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 218).

(69) Y según la cual la aplicación, entre otros, de los principios recogidos en el artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, se impondría con carácter general, para modular las consecuencias abstractamente derivadas de la teoría de la nulidad absoluta. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, núm. 23 de esta REVISTA, pág. 151.

determinante de la nulidad de las inferiores cuyo contenido sea contrario al de las superiormente jerárquicas.

Esta relevancia que en el ámbito normativo tiene la jerarquía contrasta con el régimen de los actos administrativos. Por un lado, el principio de irrevocabilidad de los actos y, por otro, el de la inderogabilidad singular de los reglamentos, según veíamos, delimitaban el alcance cualitativo de las consecuencias de esa jerarquía (70).

Dentro del ámbito propiamente normativo, sin embargo, la mecánica de la derogación hace que quede en primer plano el principio de jerarquía como límite de la potestad reglamentaria, resultando a tales efectos identificado el rango de la norma con el del órgano administrativo del que hubiera emanado. Aunque la diferencia, además, ya es cualitativa según se apuntó, otro tanto cabría decir respecto de la relación entre Ley y Reglamento globalmente considerados (71). El tema, en definitiva, desde esta perspectiva es el del contenido y rango de la norma cuya derogación se pretenda, resultando sólo competente para llevarla a cabo el mismo órgano u otro jerárquicamente superior. Caso contrario, la pretendida norma derogatoria, más que conseguir su propósito, incurriría en nulidad de pleno Derecho en cuanto estuviera contradiciendo lo dispuesto en otra de superior jerarquía (72).

El solapamiento de los temas de la competencia y contenido de la actuación administrativa, cuando se trata de reglamentos, es más claro aún *cuando aquella atribución competencial*, más que jerárquica, *se hace materialmente*. No se trata ya de ver cuál es el contenido y rango de la concreta regulación ya llevada a cabo, para indirectamente determinar si el órgano administrativo en cuestión puede innovarla atendiendo a su grado jerárquico y presupuesta su competencia material. Aquí el tema está en esta previa delimitación en una norma más abstracta y formal cuyo específico *contenido es-*

(70) Aparte el principio de irretroactividad restrictiva (reglamento contra acto previo), dado que, como se apuntaba, cabría matizar la identificación derecho adquirido-acto, los otros dos señalados ponen de relieve la imposibilidad jurídica de que incluso el superior jerárquico dicte actos contrarios a actos o reglamentos de sus inferiores.

(71) No sería ya una relación reglamento-reglamento, pero sí norma-norma (supremacía).

(72) Aparte el tema de la valoración que la doctrina del Ordenamiento Jurídico en su más originario sentido (SANTI ROMANO) pudiera suponer respecto de estas distinciones y, en especial, del fenómeno de la pirámide invertida (A. NIETO, *La organización del desgobierno*, Madrid, 3.ª ed., 1987, págs. 147 y ss.). Tema, evidentemente, distinto del de la llamada descongelación de rango.

taría precisamente en trazar esa delimitación de ámbitos. Sería, por tanto, el *tema de las reservas en sentido amplio*, en cuanto al acantonar los respectivos ámbitos competenciales cierra, por así decir, la posible entrada en los mismos a otros órganos, aunque el competente no hubiera cubierto con su normativa dicho espacio.

Esto da una perspectiva más matizada a estos problemas, tanto porque, al trascender la concreta situación preexistente en dichos ámbitos, hace trasladable el tema a toda la actuación administrativa, como porque, al tiempo que supone un entrecruzamiento con el tema de la jerarquía, también acaba trascendiendo la potestad reglamentaria para alcanzar los otros niveles cualitativos que tenemos por referencia: la Ley, además del acto administrativo.

En efecto, por un lado, el mismo planteamiento que este tema impone hace ver cómo, al resultar irrelevante que la competencia material atribuida se haya o no ejercitado, será igualmente irrelevante el tipo de actuación (reglamento o acto) que previamente se hubiera llevado a cabo o con que se pretendiera incidir en tal ámbito. El tema, tanto respecto de la potestad reglamentaria como en relación con la actuación concreta de la Administración, aparece propiamente como un problema estrictamente competencial y que ya viene resuelto con carácter previo. Lo cual, no obstante, no impediría que respecto de esa norma atributiva de la competencia material quepa igualmente plantear su derogación y, si era un acto (de delegación, por ejemplo), su revocación. En cualquier caso, lo que sí queda de relieve es esa diferenciación de planos que, al menos tratándose de normas, haría ver una cierta anomalía en una confusión entre los mismos (caso típico de la LEEA) (73). A diferencia de lo que ocurre con la congelación de rango y sin perjuicio de la posibilidad —también— de autorreserva, sin embargo, dada su mecánica y sentido, tales reservas de grado suelen operarse desde una norma de grado superior a aquel al que se reserva la materia.

Por otro lado —aunque en estrecha relación con lo anterior—, cabe igualmente advertir en esta atribución material de competencias una *nueva imbricación con la jerarquía*, aunque ahora en sentido inverso al antes visto. Se trata no tanto de ver cómo en su dimensión horizontal la competencia lo que hace es derivar la je-

(73) Una actualizada síntesis de esta problemática, en F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Alcalá de Henares-Madrid, 1987, en especial págs. 113 y ss.

rarquía por escalas separadas (74), sino más concretamente constatar cómo precisamente la reserva de determinadas materias se hace con referencia a la misma estructura jerárquica de la Administración e incluso sobrepasando ésta para exigir la intervención del legislador o permitir en el extremo opuesto incluso actuaciones administrativas concretas, «procedimentalizando» así más o menos la función material.

4. *El ámbito de la organización y el jurídico-privado*

El ámbito prototípico, donde cabe advertir el fenómeno aludido, es curiosamente el de la *organización* misma. Su normativa, en efecto, responde a un claro principio de adaptación según el cual la respectiva importancia de cada órgano queda determinada por el rango de las normas llamadas a regularlo (aunque el legislador no siempre actúa racionalmente) (75). Un principio de adaptación que supone en determinados casos no sólo remitir la organización administrativa a normas legislativas o constitucionales, sino incluso también a actos concretos sin atender a los cuales resultaría incompleta la percepción de dicha organización en un momento dado (76). Aunque no se trata aquí de este tema, al carácter indiscutiblemente jurídico de las normas de organización la anterior constatación lo que añade y pone de relieve es precisamente la esterilidad del intento de asimilar lo jurídico con las normas (77). Asimismo, y sobre esa constatación del dato más primario de lo jurídico, adquiere

(74) Al igual que en los presupuestos de la anterior exposición, no hace falta insistir en éste. J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (Organización y empleo público)*, 2.ª ed., Madrid, 1987, *passim*, y en especial respecto del concreto presupuesto ahora señalado (pág. 23): «Dos condiciones son necesarias para que pueda hablarse de jerarquía: primero, la existencia de una pluralidad de órganos con competencia material coincidente...»

(75) Podría ser el caso del Consejo de Estado (art. 107 CE) y, desde luego, lo es la reciente evolución de la división departamental de la Administración del Estado: LRJ, artículo 3.º y Disposición Final; Decreto-ley 22/1982, de 7 de diciembre, y artículo 11 de la Ley 10/1983, de 16 de agosto (legalizando el tema); artículo 70 de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre (de nuevo deslegalizándolo).

(76) Por seguir con los mismos ejemplos antes citados, baste pensar en las distintas manifestaciones de la delegación en sentido amplio, o en el más complejo tema de la constitución de nuevos órganos.

(77) De aquí que, más que de la «normatividad» inmanente de las Instituciones (en frase de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1956), deba mejor hablarse de la «juricidad» de éstas. Las aportaciones en este orden del profesor S. MARTÍN-RETORTILLO son fundamentales. Vid., por ejemplo, *La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano*, núm. 39 de esta REVISTA, y remisiones que contiene.

toda su significación el que el Ordenamiento reconozca a la auto-organización administrativa el primer y más amplio campo de potestades, que en cualquier caso —se diga expresamente o no— resultarían otorgadas implícitamente. Incluso resulta ilustrativo que en este contexto la interpretación que con práctica unanimidad se ha llevado a cabo del artículo 97 de la Constitución, en esta materia organizativa, nunca se ha verificado a sentido contrario, permitiendo en ese ámbito doméstico a los ministros individualmente y a otros órganos el ejercicio de esa potestad «reglamentaria» (78).

Fuera de este ámbito de lo doméstico, el tema no sólo se plantea de distinta manera, sino que incluso se ha llegado a plantear de forma inversa. Y es que, en efecto, saliendo de aquel ámbito doméstico para ya fuera incluso (79) llegar al *campo jurídico-privado*, se afirma como uno de los límites de la potestad reglamentaria, que deriva de su propia naturaleza, que en general los reglamentos no pueden regular cuestiones que, por su naturaleza, pertenezcan a ese campo jurídico-privado (80). En cualquier caso, esta afirmación —o su correlativa referencia a una «materia reglamentaria»— ha de explicarse y, sobre todo, matizarse en su posible alcance teórico.

Así, por un lado, la explicación de esta aparente inmunidad de determinadas materias al ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra en el simple hecho de que la mayor parte de las mismas son materias reservadas a la Ley; una reserva, en estos casos, de una intensidad que hace prácticamente inviable la colaboración del reglamento con la Ley, en cualquier grado en que esta colaboración pudiera producirse. Se trata, en definitiva, de materias en las que la relación de la Administración con los ciudadanos es una relación de supremacía general, y en la cual el reglamento no puede entrar de ninguna forma sin una previa y explícita habilitación legal, que en la mayor parte de los casos no se da (81).

(78) Valga, por todas, la remisión a E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, I, cit., pág. 193, y F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, cit., artículo 97, págs. 1367 y ss.

(79) Sobrepasando también el ámbito —intermedio— en que se mueven las relaciones especiales de sujeción.

(80) Así, por ejemplo, F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit., págs. 240 y ss., que (por nota) puntualiza que el «fundamento de esta regla es doble: de una parte...; de otra, tratándose de las relaciones que, en su caso, habrían de ser enjuiciadas por los Tribunales ordinarios, no puede admitirse que las disposiciones administrativas sean fuente del Derecho para tales Tribunales, que en el Estado de Derecho sólo debe depender de la Ley formal». Aparte otras precisiones que también se recogen.

(81) En este sentido, por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA, *Apuntes*, cit., pág. 522, que

Pero, por otro lado —y ello parece que es dogmáticamente de importancia—, lo que se impone matizar es que a diferencia de lo que ocurre con la actuación administrativa, no cabe, como podría sugerir aquella afirmación, distinguir dos tipos de reglamentos: los jurídico-privados y los propiamente administrativos (82). No se trata, evidentemente, de dar al dato de la jurisdicción competente una relevancia que no puede tener (83). Sino de advertir cómo en la potestad normativa que la Administración ejercita mediante el reglamento difícilmente pueden separarse esos elementos jurídicos de distinto orden. Lo que de jurídico-privado aquél pudiera tener, a diferencia de lo que ocurriría con otras manifestaciones de la actuación administrativa, dentro de los límites de la potestad reglamentaria sería contenido propio del mismo, como fuente del Derecho positivo. Desde esta perspectiva cabría, por tanto, profundizar en esa distinción (reglamento-actuación administrativa) que constituye uno de los ejes sobre los que gira la construcción científica del Derecho Administrativo (84).

añade que «la llamada materia reglamentaria alude al campo normal de actuación de la potestad de este tipo, campo normal que está constituido por la temática organizativa, así como la regulación de las llamadas relaciones especiales de sujeción». A este tema habrá que aludir seguidamente desde la perspectiva de la vinculación.

(82) Esta contraposición entre reglamento (sin calificar) y acto («administrativo») está incluso expresamente recogida en el mismo artículo 1.º LJCA y reiterada en el 9.4 LOPJ.

(83) Que sea la del Orden contencioso-administrativo la que «controle» el ejercicio de la potestad reglamentaria; lo cual incluso habría de matizarse, ya que cualesquiera Tribunales podrían «dejar de aplicar» en cualquier momento reglamentos ilegales, aunque sea en sede contencioso-administrativa donde se articule la impugnación directa o indirecta y consiguiente «declaración de nulidad» (hoy, art. 6 LOPJ).

(84) Esto es, partiendo de la realidad compleja de lo jurídico, distinguir sus distintas «fuentes», para valorarlas dando su justa medida a lo normativo y correlativamente a la actuación administrativa. Dentro de esta última incluso cabría trasladar ese mismo fenómeno. Piénsese, por ejemplo, en determinadas «actuaciones inspectoras» en la llamada «rama social del Derecho». Sobre este tema, por ejemplo, el Auto de la Sala 5.ª del TS de 28 de septiembre de 1988, donde se argumenta sobre la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa pese al carácter laboral de la materia, precisamente por la forma de actuación. Tema distinto es el de las cuestiones prejudiciales (naturaleza laboral o, por el contrario, civil o mercantil de la relación) al efecto de valorar la competencia administrativa y (des)estimación del recurso. El tema, por ejemplo, en la STS de la Sala 5.ª de 29 de noviembre de 1988.

VI. LA VINCULACIÓN (POSITIVA) DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Planteamiento*

Una perspectiva complementaria a la que ofrecen los anteriores puntos de referencia es la que nos sitúa ante el problema del carácter positivo o simplemente negativo de la vinculación de los reglamentos y/o los actos administrativos; en definitiva, la sujeción de la Administración a la Ley o, mejor, al Derecho.

Negar esa vinculación o sujeción no resulta posible sin, al tiempo, negar el Estado mismo de Derecho. La cuestión está en ver si, presupuesta la inexcusable vinculación negativa al menos, además, esa vinculación ha de tener sentido positivo: no sólo que la Administración pueda hacer lo no prohibido, sino que exclusivamente podrá hacer lo permitido.

No se trata aquí de profundizar en los requisitos y consecuencias concretas que derivarían de tal conclusión, sino sólo de una aproximación a la misma. Pero, aun moviéndonos en el plano de lo genérico, parece conveniente fijar los *términos del problema* partiendo de lo indiscutido, esto es: la cara negativa de aquella vinculación.

Los términos a ese lado son claros. En cuanto a la *relación reglamento-Ley, congelación y reserva*, respectivamente, significan «prohibiciones» —de regular contradictoriamente y de simplemente regular— conectadas con los principios de jerarquía y de competencia. Por ello que —tal y como vimos antes— esa misma mecánica sea trasladable a las *relaciones entre reglamentos*. Por lo que se refiere a los *actos administrativos*, igualmente vimos cabe mantener análoga «prohibición» en materias reservadas, y si el principio de jerarquía resultaba matizado era precisamente por estar prohibido a cualquier acto contradecir normas. Desde la perspectiva —negativa— en que todavía nos estamos moviendo cabría incluso afirmar la jerarquía del reglamento sobre el acto administrativo, aunque en sentido impropio (ya que se trata de una «superioridad cualitativa») (85). Y análogamen-

(85) Vid., por ejemplo, las expresivas puntualizaciones de J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 735. No se trata de insistir en este aspecto de la contraposición norma-acto administrativo a que antes ya se aludió, junto con la distinción entre jerarquía en sentido estricto y la supremacía que la Ley representa frente a los reglamentos.

te ver una especie de congelación frente al acto de las materias regladas (86).

Esta última referencia, al tiempo que subraya aún más esa dualidad de ámbitos (congelación-jerarquía; reserva-competencia), también sirve para constatar como indiscutible que los términos de referencia no son exclusivamente los señalados (acto administrativo-reglamento-Ley) y que su interrelación (interpretación y aplicación en sentido amplio) añade algo nuevo de lo que tampoco cabe prescindir. Es lo que cabría expresar resumidamente en los términos: bloque de la legalidad y Ordenamiento jurídico. *Bloque de la legalidad*, como expresión no sólo de que el parámetro de referencia para la Administración lo constituyen junto a las Leyes los propios reglamentos —caso de actos administrativos, todos los reglamentos—, sino, además, que ese bloque de normas ha de considerarse unitariamente como un sistema. Por su parte, al *Ordenamiento Jurídico* ha de dársele un sentido de mayor alcance que el simple de sistema normativo, para comprender en el mismo elementos no sólo normativos (87). Claro está que a medida que se prolongue o profundice en esta línea, los términos aparecerán más discutibles, pero lo que en cualquier caso queda subrayado e incuestionable es que —sea cual fuere el concepto y método que se asuma—, por definición, es el Derecho el término a que ha de acabar reconduciéndose la valoración de la Administración (y de la legislación y la jurisdicción; de todos los poderes públicos) en un Estado de Derecho.

Importa subrayar esto último, porque *la positivación de la vinculación* de la Administración, el sentido ya positivo de esa conexión de la Administración, *ha de referirse también al Ordenamiento jurídico*, al Derecho, y no simplemente a alguno de los elementos (especialmente la Ley) que lo integran. Alcanzar esta segunda ver-

(86) Tampoco se trata de abundar en este punto. Basta retener la imagen de esta realidad clave: la congelación, que la regularización por la Ley y/o el reglamento determina, convierte en reglada la Administración (tanto se produzca en actos como en reglamentos si éstos son de inferior jerarquía) en tales ámbitos.

(87) Va de suyo en la afirmación la necesidad de superar el normativismo del positivismo formal, aunque —aun manteniéndonos en un plano descriptivo— no suponga afirmar el positivismo en sus vertientes realistas o sociológicas. Evidentemente, no es éste momento para entrar en temas de tanto interés. Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *La doctrina*, cit., *passim*. Evidentemente, tampoco se trata aquí de desarrollar estas cuestiones, que seguirían demostrando la actualidad de trabajos como los de F. GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*, núm. 7 de esta REVISTA; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, núm. 20 de esta REVISTA.

tiente del principio de «legalidad», formulado ahora positivamente, exige lógicamente también su traducción como un principio de «juridicidad». El paso de la prohibición a la autorización (aparte el tema de otro más: el paso a la orden) (88) impone como coherente paralelo la misma referencia al «Ordenamiento jurídico», al Derecho. La más preclara afirmación de la vinculación positiva entre nosotros (89) precisamente se hace en tales términos: «el artículo 103, 1 (de la CE) establece que “la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa... con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho”, expresión que obviamente alude a la necesidad de una conformidad total a las normas —y a los principios que las sostienen— y no a una mera libertad básica de acción con el solo límite externo de las mismas. En leyes ordinarias se confirma esta concepción especialmente en la LPA, artículos 40,2 (...), 48 y 115 (...) y LJ, artículo 83 (...). «En este sentido hay que entender la consagración como principio básico en el artículo 9,3 de la Constitución del “principio de legalidad”...» «El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina de manera positiva la acción administrativa.»

Asimismo, en el razonamiento y argumentación ante la alternativa de una vinculación negativa o positiva habrá de valorar hasta qué punto el *tema de las reservas* podría desempeñar un papel determinante —dada su utilización, como veremos—, aunque es obvio que en cualquier caso el otro supuesto que se apuntaba, «la congelación», sólo hace referencia a la vinculación negativa, sin prejuzgar si además deba tener sentido positivo.

Una referencia, aunque mínima, a algunas de las recientes posiciones doctrinales que han negado con mayor o menor amplitud la concepción dominante de la vinculación positiva, parece por tanto conveniente para ver debidamente valorados los puntales en que se asienta aquella concepción.

(88) La terminología, se insiste, es convencional. La idea que esa «orden» sugiere como un paso más sería la de una vinculación positiva como obligación de hacer. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., págs. 417 y ss.

(89) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, cit., págs. 417 y ss.

2. *Algunas precisiones doctrinales a la teoría de la vinculación positiva*

Quizá la *tesis más radical* sea la de A. NIETO (90). Después de referirse al procedimiento y competencia (orgánica) como límites de la actuación administrativa señala cómo «el problema capital radica, sin embargo, en el fin. De acuerdo con las formulaciones constitucionales y con las prácticas del mismo orden, la Administración puede hacerlo todo (91) y lo único que podrá eventualmente discutirse es si sus operaciones materiales se enderezcan a tales fines, pero estándolo, no hay obstáculo legal que lo impida. De aquí la libertad de objetos» (*sic*) (92). Es más, añade:

«La llamada vinculación positiva no es, ni más ni menos, que una traspolación al Derecho Administrativo de la "tipificación" del Derecho Penal. En el Derecho Penal, como es sabido, sólo son punibles los hechos que previamente han sido tipificados como tales en la norma. Prevención explicable por razones harto conocidas y que, además, así está reconocida constitucionalmente. Pero llegar hasta tal extremo en el Derecho Administrativo es una magnificación fetichista de la Ley» (93).

(90) Muy concretamente en sus (recientes) *Estudios históricos*, cit., págs. 245 y ss., por referir el carácter negativo de la vinculación con carácter general a toda la actuación administrativa, incluso la propiamente dicha (actos administrativos).

(91) Y puntualiza: «si el fin del ejército es asegurar la defensa nacional, si el fin de la policía es garantizar el orden público y el fin de la Administración económica, fomentar la economía nacional, es claro que todas estas instituciones pueden hacer cuanto les parezca oportuno en orden a la realización de tales fines» (pág. 245).

(92) Añadiendo expresivamente que «si las normas regulan la construcción de caminos, y no de gaseoductos, ello no implica que el Ministerio de Obras Públicas no pueda construir gaseoductos, con tal que los mismos puedan incluirse en los fines genéricos de la Administración. Lo que pasa, sencillamente, es que el espíritu burocrático de la Administración tarda mucho en llegar a reglamentar la construcción de gaseoductos» (págs. 245 y s.).

(93) A. NIETO, *loc. cit.*, y sigue: «Durante muchos años los juristas se preocuparon de la validez de las conductas que estaban huérfanas de una regulación legal o doctrinal. En la etapa de la codificación pandectística, el orgullo racionalista decimonónico llegó a creer por un momento que todo estaba ya previsto en las normas. De aquí su desconcierto ante la aparición de figuras nuevas como la apropiación del espacio atmosférico o la venta de energía. Desde el punto de vista técnico, y después de algunas vacilaciones, se consiguió ir completando el ordenamiento con ficciones y figuras aproximativas como las de los cuasicontratos. Ahora bien, el Derecho Público se estancó en el planteamiento rudimentario, y un tanto maniqueo, de las doctrinas contrapuestas de la vinculación negativa y la vinculación positiva.»

En definitiva, para este autor (94), en el fondo, la Administración se mueve entre dos coordenadas precisas: por un lado, las prohibiciones y, por otro, las órdenes. Entre ambos extremos se encuentra un campo inmenso en el que la Administración concreta libremente las operaciones de su quehacer cotidiano, sin preocuparse de si están tipificadas, o no, expresamente por una norma, y sin otro criterio que el de la adecuación a un fin público genérico.

Por su parte, el Profesor GARRIDO FALLA ha venido sosteniendo también una tesis contraria a la vinculación positiva y más recientemente con apoyo en el texto constitucional, «ya que la configuración de la Administración en la vigente Constitución española no parece responder tampoco a la postura que se critica». «En primer lugar, porque la concepción del Estado social de Derecho, que obliga a los Poderes Públicos (por tanto, al Gobierno y a la Administración) a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9,2), no parece compatible con una Administración que no puede hacer nada —¡ni siquiera eso que la Constitución ordena!— para lo que previamente no haya sido habilitada por la Ley (cosa distinta a que no puede hacer lo que esté prohibido o, simplemente, reservado a la Ley; pero, claro está, la teoría de la reserva de Ley sitúa la cuestión en otro plano). En segundo lugar, porque el artículo 97 atribuye directamente (es decir, sin necesidad de previa delegación legislativa) al Gobierno la potestad reglamentaria; y el reglamento autónomo es obstáculo insuperable para la *positive Bindung* o “vinculación positiva” a la Ley. En fin, porque el artículo 103,1 otorga a la Administración el papel positivo de servir a los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de eficacia “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, expresión absolutamente significativa que nos exonera de mayores esfuerzos a favor de la postura que aquí se mantiene» (95).

La postura de este autor, sin embargo, es muy matizada, articulando su crítica dogmática precisamente por esta vía: «La explicación de todo está en que GARCÍA DE ENTERRÍA mezcla indistintamente dos problemas: el de la postura de la Administración (es decir, de toda la actuación administrativa, por vía reglamentaria o singular)

(94) A. NIETO, *loc. cit.* Nótese (antes, nota 88), en relación con los tres supuestos lógicos antes señalados, la exclusión del que hace referencia a la vinculación positiva: las «autorizaciones».

(95) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, I, cit. (10.ª ed., 1987), pág. 179, por nota.

frente a la Ley (formal), con el de la necesidad o no del reglamento administrativo (o de Ley formal), previo a la actuación administrativa por vía singular. Con respecto al primero, hay que repetir, como ya en otras ocasiones hemos mantenido, la siguiente tesis: que, en defecto de Ley expresa, la Administración está habilitada para actuar, salvo en las materias protegidas por un principio prohibitivo» (96). Respecto del principio del «reglamento previo», también se han de hacer algunas advertencias. Desde luego, hay materias en las que el principio es absolutamente indiscutido; en general, en cuantas intervenciones administrativas supongan una invasión de las esferas jurídicas individuales, especialmente, por tanto, en materia de policía, pero esto no obsta a que se puedan encontrar otros casos en que una actuación singular administrativa, en materia no previamente reglamentada, sea posible e incluso necesaria (97).

En cualquier caso, además de esas matizaciones sobre el sentido de la prohibición y referencia a determinadas materias (policía), la conclusión misma general es la que resulta matizada: «ya que las opuestas tesis que se mantienen se refieren a problemas distintos, pues mientras que la doctrina de la *negative Bindung* se refiere —y en tal sentido es correcta— al problema de la posición de la Administración respecto de la Ley formal, en cambio, la de la *positive Bindung* (al menos, tal como es enderezada por GARCÍA DE ENTERRÍA al final de su trabajo) se refiere a la reglamentación previa como condicionante de la actuación administrativa singular» (98).

Aparte otras posiciones doctrinales, quizá sean de las más expresivas las que se han servido de las distinciones que —como acabamos de ver— ha venido utilizando el Profesor GARRIDO FALLA, tanto con referencia a esa contraposición entre acto y reglamento como a distintos ámbitos materiales.

Paradigmática en este sentido creo es en primer lugar la tesis sostenida por G. FERNÁNDEZ FARRERES (99), que aun partiendo de la interpretación del principio de legalidad del artículo 9,3 CE en el sentido de vinculación positiva con base en el artículo 103,1 CE, tal y como antes veíamos, sin embargo, matiza el alcance de tal

(96) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, II (8.ª ed., 1987), pág. 129, por nota, donde precisa ese concepto de prohibición, antes de pasar al segundo aspecto del problema.

(97) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, II, cit., pág. 130, citando seguidamente varios ejemplos.

(98) F. GARRIDO FALLA, *loc. cit.*

(99) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, págs. 471 y ss., en especial 506 y ss.

conclusión respecto del reglamento. Esto cabe verlo resumido en términos (100) bien expresivos: «Es preciso ahondar, pues, en la relación Ley-Administración que, en síntesis, suele explicarse, en general, como una previa habilitación legal y que determina —llevada a sus últimas consecuencias— que no quepa teóricamente potestad reglamentaria alguna independiente de la Ley —es decir, sin previa y puntual habilitación o apoderamiento legal—. Si no hay Ley previa, no hay, por tanto, potestad administrativa, conclusión en la que se debe estar de acuerdo, pero, también, conclusión que quizá no llega a solucionar definitivamente todos los interrogantes que, de una u otra forma, surgen. Porque, en efecto, cabe preguntarse: ¿siguen siendo tras la Constitución de 1978 efectivos los tradicionales ámbitos materiales excluidos de dicha exigencia (materias organizativas, relaciones especiales de sujeción y, más recientemente, todo el fenómeno de la actividad prestacional de la Administración pública), y, en caso afirmativo, en base a qué razón y fundamento de derecho positivo? Pero, junto a esto, ¿puede la Administración, asimismo, “autohabilitarse” potestades mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que, genéricamente, obsérvese bien, le reconoce y atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución, siempre que las mismas no se proyecten en ámbitos material o formalmente reservados a la Ley? Y si es así, ¿no quedará entonces el problema desplazado a un examen pormenorizado del ámbito y amplitud que alcanza la reserva de Ley, teniendo bien en cuenta que en los ámbitos materiales residuales el reglamento podrá incidir, en principio, sin necesidad del previo y específico apoderamiento de una Ley concreta en cuanto que esa cobertura la ofrece la propia Constitución en el señalado artículo 97? ¿No es posible, en fin, admitir el Reglamento independiente sin necesidad de vincularlo apriorísticamente al ámbito de las “materias administrativas”, tal como viene sucediendo (y que a desviaciones tan llamativas como la que más adelante se comentará a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1982 puede dar lugar), y sin que por ello se esté poco menos que “regresando” al viejo y superado definitivamente planteamiento de las monarquías constitucionales de los poderes implícitos de la Administración y del juego puramente negativo del principio de legalidad, dado que —y éste es

(100) Y en palabras del mismo autor en su trabajo *Principio de legalidad normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades*, núm. 100 (III) de esta REVISTA, págs. 2549 y ss.

un dato decisivo— es ahora la propia Constitución la que reconoce a la Administración una genérica potestad normativa?», etc.

Aun con estas matizaciones, sin embargo, la perspectiva que G. FERNÁNDEZ FARRERES asume no puede ser más explícita: «Se coincide, según todo lo dicho, con la posición que adopta, entre otros autores, GARRIDO FALLA, al afirmar que, de los tres modelos que el Derecho Comparado nos ofrece con relación al tema de la potestad reglamentaria, nuestra Constitución sigue el modelo en el que, si bien la función normativa está atribuida como regla general al Poder legislativo, constitucionalmente se atribuye al Poder ejecutivo la facultad de emanar normas jurídicas —potestad reglamentaria— con la limitación, no obstante, de las materias constitucionalmente reservadas a la Ley y de aquellas otras que no estándolo hayan sido reguladas por Ley en virtud de su fuerza y de su jerarquía normativa.» Y añade: «en suma, el punto central radica, como repetidamente se ha señalado, en la determinación de las materias reservadas a la Ley. De ahí que lo que haya que preguntarse es si se ha constitucionalizado una reserva de Ley absoluta, genérica y plena, de manera que toda materia necesite de una inicial regulación por Ley, aunque posteriormente se habilite al ejecutivo para que, en uso de su potestad normativa, complete y desarrolle esa regulación previa» (101).

De forma parecida, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (102) centra el problema en el del ámbito de las materias reservadas a la Ley al que da un muy amplio alcance con base en el artículo 53,1 CE: «Hay, en efecto, en nuestro sistema normativo, una reserva general de la Ley respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos; una reserva que se deriva del derecho fundamental al “libre desarrollo de la personalidad” que el artículo 10,1 CE consagra» (103). Ambito amplio, pero no absoluto, ya que «contrariamente a lo que acaba de exponerse respecto de las intervenciones que afecten limitativamente a la esfera jurídica de los ciudadanos, no hay en la CE norma alguna que permita extender esta reserva a la actividad prestacional o no autoritaria de la Administración (de modo general; esto es, sin perjuicio de las que puedan establecer concretos pre-

(101) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., pág. 309.

(102) Por ejemplo, en sus *Apuntes*, cit., y, más recientemente, en *Fundamentos*, cit., págs. 199 y ss. y 768 y ss.

(103) J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 781; más puntualizaciones al principio general, en págs. 789 y ss.

ceptos constitucionales para actividades prestacionales específicas). Dicha actividad posee, no obstante, un condicionamiento legal indirecto, derivado de la necesidad de aprobación presupuestaria de los recursos económicos necesarios para su puesta en práctica» (104).

Ahora bien, lo que quizá importe más resaltar en este autor es «que esta distinción de regímenes del principio de legalidad (positivo o negativo en función de esos ámbitos materiales) opera tanto respecto de los reglamentos como respecto de los actos singulares que la Administración dicta» (105), con lo cual se relativiza y pasa a un segundo plano esa distinción y, consiguientemente, el principio del reglamento previo o autohabilitación, según antes veíamos, dada la correlación reserva de Ley-principio de competencia.

3. *Precisiones sobre algunos de los datos que se manejan para limitar el alcance de la vinculación positiva*

Las anteriores referencias doctrinales son más que suficientes para advertir cómo el manejo de determinados elementos puede acabar condicionando la conclusión sobre el carácter positivo o negativo de la vinculación de la Administración. Concretamente, la referencia a la Ley y a la reserva de Ley; puntos de relación con la Administración, que cabe valorar en el contexto antes adelantado.

A) En primer lugar, resulta obvio que la referencia a la Ley condicionará prácticamente la opción teórica sobre el carácter de la vinculación de la Administración, ya que si ha de dársele un sentido positivo y el término de referencia es la Ley, la exigencia de tal autorización condicionaría la realización del Estado Social. Ahora bien, a dicha consecuencia práctica se llega precisamente con base

(104) J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 783. Incluso se afirma (pág. 203): «Que este tipo de actividades debe estar sometido al régimen de vinculación negativa es algo que la naturaleza y las funciones del Estado contemporáneo imponen como una regla de puro sentido común. No se trata de invocar razones tan poderosas como el fenómeno universal de liderazgo de los ejecutivos e incluso su indiscutible legitimidad democrática: pretender generalizar hoy el principio de vinculación positiva a los innumerables supuestos de actividad prestacional o de fomento que los Estados actuales realizan es absurdo; no hay parlamento en el mundo capaz de abordar el fenómeno de producción normativa en masa que requiere la sociedad actual con el ritmo que un régimen puro de vinculación positiva exigiría (a menos de convertir el poder legislativo en un puro órgano emisor de autorizaciones prácticamente en blanco, lo que tampoco se compadecería con la finalidad institucional del principio).»

(105) J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 204.

en tal presupuesto: que sea una Ley el punto de referencia y no el bloque de la legalidad o el Ordenamiento jurídico.

La referencia al bloque de la legalidad, de entrada, lo que subraya es precisamente que la vinculación puede y debe como principio general remitirse *no a una Ley concreta* —a cada una de las leyes particulares—, *sino al entero conjunto normativo* (106). Las consecuencias que de ello derivan son importantes al tiempo que obvias; el considerar la ejecución de las Leyes como ejecución del entero Ordenamiento jurídico permite configurar aquélla con una amplitud y con unas posibilidades que, por otra parte, no se presentarían adscribiéndola únicamente a su valoración analítica. Está presente aquí, por tanto, el tema mismo de la interpretación jurídica, la esencia de lo jurídico.

A su vez, la referencia al Ordenamiento jurídico pone sobre el tapete, entre otros, el tema de los *poderes inherentes*, que igualmente permitirán, con naturalidad, admitir actuaciones administrativas que una concepción positivista acabaría negando. Y es que, en definitiva (107), «se trata, simplemente, de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego, lo cual, por otra parte, está claro desde la doctrina general del Ordenamiento que impide identificar a éste con la Ley escrita. En ese difícil filo entre una prohibición de extensiones analógicas y una exigencia de coherencia legal se mueve la doctrina de los poderes inherentes o implícitos, que son, en definitiva, poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el Ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo».

Hay, además, otro dato cuya valoración práctica tampoco es posible ignorar: «El concepto de potestades en su combinación con las distintas modalidades de su atribución legal podría ser capaz de resolver unitariamente el problema complejo del principio de legalidad, sin necesidad de caer en la necesidad de “desvincular” a la Administración del Ordenamiento, tanto más cuando, según también se apuntó antes, *la propia Administración puede participar en la formación del ordenamiento y por ello autoatribuirse potestades en el marco de sus límites*. No hay en este fenómeno de autohabili-

(106) Sobre este punto, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, núm. 26 de esta REVISTA, págs. 36 y ss. (también recogido en *Administración y Constitución*, Madrid, 1981).

(107) Como señala el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, I, cit., pág. 426.

tación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal: la Administración utiliza para dictar el reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria; del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta, una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta es ya posible» (108).

Esto último, lógicamente, delimita el problema de la vinculación positiva a los reglamentos. Superado el inconveniente de la Ley previa con esa posibilidad de que sea la propia Administración quien por vía del reglamento de cobertura a los actos administrativos (109), no obstante, *queda por ver si el reglamento, a su vez, también resulta vinculado positivamente*. Ahora bien, esta vinculación más que referirla al otro de los elementos analizados que resta (la Ley que autorizara el reglamento previo a la actuación singular), lo que debiera es conectarse igualmente con el bloque de la legalidad, con el Ordenamiento jurídico. La atribución genérica en el artículo 97 CE de la potestad reglamentaria (en contraposición o paralelo a la función ejecutiva, incluso), así como la sustitución en el mismo artículo de la referencia al Derecho (en el art. 103,1 CE) por la de la exigencia de que se ejercite «de acuerdo a la Constitución y las Leyes», no tienen por qué ser datos determinantes para un distinto trato de la Administración según se produzca en actos administrativos o en reglamentos. Si desde el lado de la vinculación en sentido negativo, como veíamos, es indiscutido el parámetro del Ordenamiento jurídico (y no simplistamente la ley o leyes) respecto de ambas manifestaciones de la Administración, no se entiende por qué positivamente no ha de operar idéntico punto de referencia. El Ordenamiento, al igual que permite limitar a la Administración (y así se advertía claramente en los ámbitos discrecionales), también hace posible encontrar a la Administración habilitada de forma más precisa y correcta que la genérica atribución de una potestad reglamentaria.

En definitiva, desde el *punto de vista práctico*, la correcta articulación técnica del principio de vinculación positiva —en especial

(108) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada*, cit., pág. 292, y *Curso*, cit., pág. 425.

(109) Aparte mayores precisiones y cuestiones como las derivadas de la distinción entre reglamento y acto administrativo a efectos de la competencia y el procedimiento.

sobre la base de poderes inherentes en relación con la potestad reglamentaria— no conduce a resultados que impidan la gestión de los intereses generales. Se trata, como reiteradamente nos consta, de tecnificar esta gestión administrativa con un método jurídico adecuado que lleve a sus inevitables consecuencias prácticas el pleno sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho.

Esto, sin embargo, ha llevado a una *aguda puntualización por parte del más significado crítico* de aquella tesis: F. GARRIDO FALLA. Después de citarse varios ejemplos comunes de actuación sin cobertura normativa se dirá: «Claro es que si se nos dice que todo esto es posible en virtud de los “poderes inherentes” o de la “situación jurídica general que la Administración ocupa”, entonces lo que ocurre es que dicha tesis coincide sustancialmente con la que defendemos y que se basa en la “propia iniciativa de que la Administración dispone de acuerdo con el juego de los poderes en el actual Estado de Derecho”, lo que quiere decir que el esfuerzo desplegado por la corriente doctrinal que discutimos ha resultado rigurosamente inútil» (110).

Análogamente, R. GARCÍA MACHO, después de recoger la que denomina tesis «Enterría-T. R. Fernández», sostendrá que: «Desde este planteamiento, a mi juicio, no existen diferencias entre la vinculación negativa y positiva de la Administración, si se interpreta el principio de vinculación negativa de la Administración en un sentido actual» (111).

El tema tiene, por tanto, una vertiente eminentemente metodológica. Ya se ha apuntado. Luego se insistirá en este punto.

Ahora parece conveniente hacer una breve alusión al otro aspecto del tema: el de las *reservas de Ley*.

B) De entrada cabe, en efecto, advertir cómo la extensión del ámbito de las *reservas de Ley* correlativamente implica en dichos ámbitos la reducción del reglamento independiente. Por esa vía de la ampliación de las reservas de Ley podrían llegarse a alcanzar las mismas *consecuencias prácticas* que mediante la negación del reglamento independiente con base en la teoría de la vinculación positiva; al menos aparentemente. En este orden, junto con otras

(110) F. GARRIDO FALLA, *Tratado*, II, cit., pág. 130.

(111) R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley* (1988), cit., pág. 172.

referencias constitucionales más puntuales, el sentido y alcance que se dé a los artículos 53,1 y 10 CE será determinante (112).

Ahora bien, lo que importa resaltar —con independencia de las concretas consecuencias prácticas a que por una u otra vía pueda llegarse— es que en cada caso *el problema se plantea en términos bien diferentes*. Por ello que, además, resulte difícil lógicamente derivar conclusiones desde la teoría de la reserva de Ley a la del principio de vinculación positiva o negativa de la Administración. Presuponer que la interpretación de las leyes, al no congelar determinada materia, y de la Constitución (como norma *normarum*), más específicamente, al no reservar a la ley esas u otras materias, ha de concluir en la negación de la vinculación positiva no resulta lógico sin tener en cuenta otros datos metapositivos, que no se encuentran en dichas normas, para imponer ese concreto sentido a las reservas. Ciertamente que «en la medida que todo quedara constitucionalmente reservado a la Ley... el principio de legalidad haría superfluo el de la reserva legal» (113) y que «en unos sistemas presididos por una concepción jacobina de la Ley, en los que el reglamento no posee otra función que el mero desarrollo ejecutivo de leyes previas, el instituto de la reserva de Ley carecería de utilidad; nada hay que reservar específicamente a la Ley, ya que todo le está reservado por definición» (114), pero desde el momento en que se admita que la extensión de la reserva de Ley no es absoluta, no hay por qué necesariamente entender que en esas materias no reservadas a la regulación legal no sea precisa una autorización legal previa a su regulación mediante reglamento. *El concepto y sentido* más profundo que la *reserva* pueda tener está aquí presente, así como el otro elemento de necesaria referencia: no la *Ley*, sino la vinculación al *Ordenamiento jurídico*.

En primer lugar, en efecto, parece que la existencia de ámbitos reservados a la Ley, si bien claramente como vimos determina —por el lógico juego de la vinculación en su más simple sentido: negativo— la exclusión o prohibición de la Administración en tales ámbitos, sin embargo, tal existencia de la reserva, por sí sola, no tiene por qué prejuzgar que en otros ámbitos, los no reservados, sea o no exigible una autorización —positiva— de la Ley para que el regla-

(112) Sobre este punto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, cit., páginas 246 y ss., y J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., págs. 779 y ss. y 792 y ss. (significativamente coincidentes en cuanto a la extensión de la reserva «de Ley»).

(113) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., págs. 508 y ss.

(114) J. A. SANTAMARÍA, *Fundamentos*, cit., pág. 773.

mento pueda regular la materia. Ello, tanto más cuando el punto de referencia para esta vinculación positiva no está necesaria y exclusivamente en la Ley, sino en el Ordenamiento jurídico.

Insistir una vez más en ese dato sirve para resaltar cómo lo que la reserva de Ley postula respecto de sus ámbitos concretos es a lo más «que el Reglamento para entrar en ellas necesitará de habilitaciones *legales* expresas» (115), pero sin que ello signifique que fuera no sea necesaria autorización, aunque no haya de contenerse expresamente en una concreta Ley.

Esa referencia al Ordenamiento jurídico (contenida, entre otros, en el art. 9,1 CE), tal y como señala G. FERNÁNDEZ FARRERES, «obliga a dudar seriamente, cuando no a desmentir rotundamente, que toda acción administrativa deba tener como base un previo apoderamiento legal». Y añade: «Por eso, creo posible afirmar que el principio de legalidad se resume, desde una perspectiva distinta, en la vinculación de la Administración al Derecho o, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, en que “el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa”. El que esa previsión normativa debe ser necesariamente una Ley es, sin embargo, consecuencia no del principio de legalidad, sino del principio de la reserva de Ley, que, de esta manera, sigue jugando un papel negativo respecto la delimitación del ámbito material de la potestad reglamentaria» (116).

Esta *funcionalidad negativa* de la doctrina de la reserva de Ley respecto de la *vinculación* de la Administración a dicho elemento normativo de nuestro ordenamiento (*a la Ley*), el que surta efecto «en su aspecto negativo de la prohibición que impone a la potestad reglamentaria» (117), *no cabe desvirtuarla reconvirtiendo el concepto mismo de la reserva*, tal y como parecen sugerir algunas de sus clasificaciones. No se trata de entrar en este tema. Baste destacar que, con independencia de los criterios utilizados, la cuestión fundamental se resume en la determinación del ámbito de la reserva formal: dentro ni el reglamento podrá penetrar, aunque no

(115) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso*, cit., pág. 248.

(116) G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención*, cit., pág. 508. Debe puntualizarse que la afirmación recogida tiene su base no sólo en esa referencia al Ordenamiento jurídico, sino, además, específicamente en la admisión por este autor de reglamentos independientes fuera de las reservas de Ley, dado el reconocimiento en la propia Constitución (art. 97) a la Administración de un poder reglamentario propio y general.

(117) L. MARTÍN-RETORTILLO, *La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, núm. 39 de esta REVISTA, pág. 290.

haya regulación legal; ni siquiera la Ley podrá darle entrada descongelando lo que por imperativo constitucional ha de ser contenido de Ley. El tema radica en la delimitación de ese ámbito, según los criterios que deriven del propio Ordenamiento constitucional (118).

Aunque en determinados supuestos el ámbito de la reserva quede reducido a la exigencia de una simple previsión legal que habilite (expresamente, según vimos) al reglamento para regular determinadas materias (por ello relativamente reservadas a la Ley, según cierta terminología), no por ello cabe identificar el tema de las reservas con el de la vinculación positiva. A efectos prácticos, en determinados supuestos podrían coincidir en sus consecuencias, pero —al igual que antes se apuntaba con carácter más general— el que en la Constitución se prevea uno o varios de estos supuestos no significa que el simple hecho de que esa norma positiva haya dejado de prever otros, suponga para éstos que puedan ser penetrados por reglamentos desvinculados positivamente del Ordenamiento jurídico e incluso de la propia Ley en determinados casos. Al igual que no resulta absurda la afirmación (con base en el 53,1 y 10,1 CE) de una reserva genérica de Ley porque existan otras específicas (119), no hay por qué negar la vinculación positiva, simplemente porque existan esas peculiares reservas de Ley tan relativas que sólo impongan a la Ley de expreso pronunciamiento formal de remisión al reglamento.

El principio de la vinculación positiva operaría genéricamente —y, además, referido no a la Ley, sino al Ordenamiento jurídico—, pudiendo coincidir en determinadas materias con el juego de las reservas —de Ley— que, consiguientemente, al ofrecer el aspecto negativo de la vinculación de la Administración, completarán por esa cara y concretarán y reforzarán esa vinculación.

(118) En este sentido cabe suscribir las palabras de I. DE OTTO al referirse a la llamada «reserva relativa», en *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, pág. 232: «los términos de esta clasificación resultan incorrectos e inducen a confusión sobre el contenido de la reserva. Precisamente por el sentido que ésta tiene y por la función que cumple, la idea misma de una reserva relativa —degradable mediante deslegalización o remisión— es constitucionalmente inadmisibles. La reserva no puede ser en ningún caso relativa o elástica, porque no está a disposición del legislador, y calificar de relativa una reserva es tanto como decir que, si bien las normas tendrían que ostentar rango de Ley, el legislador puede permitir que ostenten otro distinto. De ningún momento puede ser así: si la remisión al Reglamento es lícita, sólo puede deberse a que el sector de la disciplina normativa que va a regularse reglamentariamente no está constitucionalmente sujeto a reserva».

(119) El argumento, en el propio J. A. SANTAMARIA, *Fundamentos*, cit., págs. 781 y ss.

C) El planteamiento eminentemente lógico (y en sus términos más generales) que se acaba de esbozar, al subrayar esa compatibilidad de las reservas y de las congelaciones de rango (como vertiente negativa y más dura de la vinculación) con la vinculación positiva de la Administración al Ordenamiento jurídico (como principio general cuya más clara virtualidad operaría en aquellos ámbitos no congelados ni reservados) deja abiertos temas de singular interés teórico y práctico. En especial, la intensidad que pueda y deba exigirse a esa vinculación positiva cuando opera como tal, en los ámbitos no vinculados negativamente. No se trata aquí de entrar en las cuestiones que esto suscita y que exigen las adecuadas y difíciles respuestas que la doctrina del Ordenamiento jurídico ofrecería (120). Ahora bien, lo que con carácter general sí cabe adelantar es que tal exigencia de que la vinculación de la Administración sea positiva *aun cuando se trate de reglamentos*, no puede entenderse satisfecha por el solo dato de haber el artículo 97 CE reconocido a la Administración un poder reglamentario, propio y general. Esta atribución tan genérica de la potestad no parece que —por sí sola— permita ya entender cumplida la exigencia de tal vinculación positiva (a no ser que a la misma se le dé un sentido impropio) para acto seguido, y ya desde una perspectiva negativa, ir delimitando los ámbitos de la reserva de Ley (121).

Por otro lado, a su vez con base en esos mismos presupuestos lógicos asumidos, tampoco parece que deba darse a la distinción entre actividad limitativa y la prestacional la relevancia de responder, respectivamente, a los principios de vinculación positiva y negativa, precisamente sobre la base metodológica de delimitar los ámbitos de la reserva de Ley. Aunque la *actividad prestacional* no conlleve en la norma positiva una reserva genérica como la impuesta por los artículos 53,1 y 10 CE, y a pesar de poder condicionarla positivamente de forma más o menos directa (122), no se tiene por

(120) Baste la remisión a lo antes aludido, y en especial a la importancia que tiene la organización (de la que las relaciones especiales de sujeción han de considerarse, para serlo, una justificada prolongación) como exponente de las potestades inherentes, hasta el punto de relativizar la distinción entre Reglamento y acto administrativo.

(121) Vid. antes notas 99-101 y 116. Evidentemente que se trata de una cuestión de grado, de intensidad o concreción de la autorización en el ámbito concreto de que se trate. Pero dar por autorizada a la Administración en casos en que una norma positiva, por expresa y expresiva que sea, atribuya tan genéricamente potestades o funciones, supondría dejar la teoría reducida a la nada. Supondría decir —con otras palabras— lo mismo que señalaba el profesor NIETO (antes, notas 90-94).

(122) Vid. J. A. SANTAMARÍA, antes, en nota 112.

qué negar la vinculación positiva de la Administración en tal ámbito, que es donde propiamente operaría. Tal vinculación no tendrá la rigurosidad que la doctrina de la reserva de Ley impondría, y en especial por su referencia a la Ley. Pero ello no debe significar que la Administración quede en tal ámbito desvinculada positivamente del Ordenamiento, aunque los resultados a que se llegue resultaran coincidentes.

Llegados a este punto, el tema quedaría en una mera opción metodológica, irrelevante en sus consecuencias concretas, si no fuera porque, como todo problema metodológico, aun cuando en casos concretos e incluso aparentemente con carácter general puedan alcanzarse unas mismas conclusiones por distintas vías, sin embargo, aquella opción no resulta indiferente. Ello no sólo porque en determinados casos —no necesariamente previsibles— las conclusiones resultarán contradictorias, sino primordialmente porque la virtualidad de un método está en resolver, en resolver problemas lo más científicamente posible y el mayor número de éstos (123).

En este sentido, la consideración de la Administración como vinculada positivamente al Ordenamiento jurídico y ella misma como Ordenamiento, parece que responde mejor a la realidad no sólo para explicarla, sino también para ofrecer unas posibilidades a la dogmática prescriptiva, que, de otro modo, resultarían difícilmente justificables.

Así se advierte con la referencia misma, como punto de la relación, al Derecho (124) y, sobre todo, por el sentido que esa vinculación de la Administración adquiere, al ser positiva.

(123) Tampoco se trata aquí, evidentemente, de entrar en el concepto de método. Baste señalar aquí cómo numerosos intentos doctrinales para explicar la realidad positiva partiendo del paradigma de la vinculación positiva se limitan a exponerlo según criterios que, en modo alguno, desvirtúan el que formulara el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*loc. cit.*). Estas tesis, en efecto, resultan metodológicamente irrelevantes por atender más a lo accesorio que a la esencia del problema. Así, por ejemplo, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de Ley*, cit., dirá (pág. 172) que «el planteamiento que, a mi juicio, es el más adecuado a la Constitución española y que se defiende en esta obra es el mantenido por Sánchez Morón, quien entiende la vinculación positiva en el sentido que la doctrina alemana mayoritariamente lo extrajo del artículo 20.3 de la Ley Fundamental, o sea, que la Administración tiene su base de actuación en la Ley y que el reglamento actúa en cuanto tenga una habilitación legal previa y sólo dentro de los límites y con los fines que la ley determine». Este planteamiento y el de M. SÁNCHEZ MORÓN (en *Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979, págs. 654 y ss., por ejemplo) sólo tendrían un valor descriptivo y complementario. La esencia del problema está en otra dimensión o perspectiva de mayor alcance.

(124) Precisamente al referirse al campo prestacional, J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, *Potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta RE-

Esto último se constata con sólo subrayar el planteamiento recíprocamente inverso a que cada perspectiva responde: mientras según la vinculación negativa sólo sería posible juridizar lo administrativo buscando aquellas prohibiciones y límites que permitieran constreñir (jurídicamente) una actuación administrativa ya dada como admisible por principio, por el contrario, la vinculación positiva presupone esa previa fase lógica de atribución de potestades y determina, por ello, un control más intenso y en cierto modo reduplicativo en el proceso de interpretación.

Muy expresivamente se ha descrito:

«Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la Administración para un obrar concreto. Por encima de la distinción entre poderes reglados y discrecionales está, en efecto, la elemental constatación de que uno y otro son poderes, y poderes que han debido ser atribuidos de un modo positivo por el Ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el Ordenamiento» (125).

Fácilmente se advierte así cómo las técnicas de control de la discrecionalidad por parte de la Jurisdicción se limitan a responder a las necesidades de una juridización de la actuación administrativa común a cualquier teoría que parta —y ello es constitucionalmente inexcusable— del sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho. La explicación de ese sometimiento como una vinculación negativa se quedaría en ese plano. Sostener, por el

VISTA, págs. 182 y ss., señalarán cómo «de todas maneras la solución que se adopte al respecto es tributaria de la concepción de la legalidad de la que se parta, como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto. Sea como fuere —sea que se deje este campo a la normación administrativa o que se afirme la necesidad, también aquí, de una previa habilitación legislativa (incluyendo la contenida en la Ley de Presupuestos)—, lo que nunca puede constituir es un campo “libre de Derecho”, pues en todo caso y con independencia de las vinculaciones constitucionales específicas, los principios generales del Derecho y el principio de igualdad deben jugar aquí un papel preponderante».

(125) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada*, cit., pág. 290.

contrario, que la Administración con carácter general está vinculada positivamente al Ordenamiento jurídico, añade ese nuevo plano que permite, por ello, describir y prescribir mejor lo que el propio Ordenamiento supone.

