

# DE NUEVO SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

(A propósito de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)

EDUARDO VIRGALA FORURIA

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REFUNDICIÓN DE TEXTOS LEGALES Y SUS EFECTOS: 2.1. *La derogación de la Ley de refundición.* 2.2. *La «adaptación» de textos legales.*—3. EL CÁLCULO DE LOS PLAZOS DE ENTRADA EN VIGOR Y UTILIZACIÓN DEFINITIVA DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA: 3.1. *La determinación de la fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa.* 3.2. *La fijación del momento final de utilización definitiva de la delegación legislativa.*—4. EL CONTROL DE LA HIPOTÉTICA INEXISTENCIA DE UN DECRETO LEGISLATIVO.—5. LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LJCA) Y EL CONTROL DE LOS EXCESOS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS: 5.1. *Control por la jurisdicción contencioso-administrativa de los excesos de los Decretos Legislativos:* 5.1.1. *Control inicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.* 5.1.2. *Control por el TS o TSJ:* 5.1.2.1. *Control por el TS.* 5.1.2.2. *Control por el TSJ.* 5.1.2.3. *La «cuestión de ilegalidad» por previa declaración de ilegalidad de un Decreto Legislativo.* 5.2. *Control por la jurisdicción constitucional de los excesos de un Decreto Legislativo:* 5.2.1. *La declaración de inconstitucionalidad por exceso de un Decreto Legislativo.* 5.2.2. *La declaración de constitucionalidad del Decreto Legislativo.* 5.3. *Control de los excesos de los Decretos Legislativos por jurisdicción diferente de la contencioso-administrativa.*—6. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

## 1. INTRODUCCION

La reciente entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), de importancia capital para nuestro sistema jurisdiccional, presenta un interés fundamental en lo referente al control de los Decretos Legislativos, al establecer legislativamente, por vez primera en España, el control jurisdiccional, con carácter general, del *ultra vires*.

El anterior dato normativo, unido a la consolidación de una errónea, desde

mi punto de vista, jurisprudencia ordinaria y constitucional, y al transcurso de casi diez años desde que escribí una monografía sobre el tema (1), pueden ser un buen momento para volver a analizar algunos de los temas más controvertidos en los últimos años sobre el papel de los Decretos Legislativos en el ordenamiento constitucional español.

Antes de entrar en profundidad en la materia elegida, quisiera poner de manifiesto algunos aspectos curiosos en el debate doctrinal sobre la delegación legislativa. No voy a reiterar aquí la inadecuada comprensión que, desde mi subjetivo prisma, realizan los que, con un criterio englobador, pueden ser denominados como «administrativistas» (2) frente a los que, también con el mismo carácter, pueden ser calificados como «constitucionalistas» (3). Sí quisiera

(1) VIRGALA (1991a). He tratado, también, aspectos concretos en VIRGALA (1991b), (1997a) y (1997b).

(2) Una relación de autores que siguen las tesis mantenidas desde hace casi treinta años por E. García de Enterría puede verse en VIRGALA (1997a, 282 nota 4), a la que habría que añadir a MARTÍN REBOLLO (1991, 485), y MARTÍN MATEO (1986, 124). Curiosamente, este último en la edición de su *Manual* de 1986, tal vez por no haberlo revisado después de la Constitución, señalaba que el control por los tribunales ordinarios «no se ha llevado a efecto hasta ahora entre nosotros, puesto que la jurisprudencia, salvo la Sentencia de 23 de mayo de 1969 [recuérdese que escribe en 1986], que por lo demás desestima la impugnación, ha adoptado al respecto una posición retraída, y se ha negado sistemáticamente a revisar el contenido de los Decretos Legislativos» (1986, 124).

La denominación de «administrativistas» ha de entenderse en sentido amplio, es decir, englobando también a magistrados de lo contencioso, como J. M. ALVAREZ-CIENFUEGOS (1998), o como C. ALVAREZ-LINARES Y URÍA que, sin rubor alguno, señala textualmente que «es ya pacífica la doctrina que admite la posibilidad de su control jurisdiccional [ordinario de los Decretos Legislativos], expresamente previsto en el artículo 11 de la Ley General Tributaria»: ALVAREZ-LINARES (1997, 12056). Otro ejemplo sería, también, el del magistrado SALTO VILLÉN —en este caso, desconozco su jurisdicción— que, ante el posible *ultra vires* de un Decreto Legislativo, declara que los excesos «sólo tendrían, en su caso, valor de normas reglamentarias, lo que justificaría su enjuiciamiento por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que podrán tratarlas como nuevos reglamentos, o incluso, rechazarlos por infringir lo dispuesto en otra norma con rango de ley»: SALTO (1996, 122), haciendo evidente la confusión en la que se mueve esta doctrina.

Entre los que he denominado como «administrativistas» destacan las brillantes excepciones de SANTAMARÍA (1988), PAREJO (1996) o CANO (1995).

(3) Una relación de estos autores, puede verse en VIRGALA (1997a, 282 nota 6). A dicha lista, pueden añadirse los nombres de GARCÍA MARTÍNEZ (1992, 100), BASTIDA Y REQUEJO (1991, 106 y sigs.), CAAMAÑO (1994, 148), GUTIÉRREZ (1995), CARRILLO (1995, 337). Contrario a esta corriente se sitúa RODRÍGUEZ-ZAPATA (1996, 163-164).

DÍEZ-PICAZO, por su parte, señala que esta posición «è del tuto condivisibile dal punto di vista della logica dei principi, ma non è convincente in quanto operazione interpretativa, semplicemente perché toglie qualsiasi significato sostantivo a una disposizione costituzionale [se refiere al art. 82.6]» (1996, 56).

resaltar que el debate ha sido más bien unidireccional, es decir, de los constitucionalistas frente a los argumentos aducidos por los administrativistas, pero, escasamente, al revés. Por el contrario, creo que es de elogiar la postura de otro «gremio» jurídico como es el de los laboristas o, al menos, el de algunos de ellos, que, nucleados en torno a la revista *Relaciones Laborales* (4), han dedicado muy interesantes reflexiones al fenómeno de la delegación legislativa (5). «Dialogando» científicamente con administrativistas y constitucionalistas, creo que los citados laboristas han enriquecido enormemente nuestro saber colectivo sobre la materia (6).

Un caso particular es el representado por F. Santaolalla que, aunque parece no entrar en la polémica («no es éste el momento de volver sobre el tema de si la legislación delegada implica o no una figura que opera sobre la potestad reglamentaria del Gobierno a la que la autorización del legislador franquea la entrada en la reserva de ley con los mismos efectos que si su obra normativa hubiese sido directamente aprobada por él»), su opción por el control judicial ordinario de los Decretos legislativos le lleva a señalar que «el hecho de que puedan ser anulados o inaplicados [los Decretos Legislativos] por no conformidad con la delegación parlamentaria es algo que no se produce con las leyes en sentido estricto, lo que demuestra un distinto valor, una naturaleza no siempre coincidente. La fuerza de ley del Decreto Legislativo opera sobre una presunción *iuris tantum* de que su ejercicio es correcto, presunción que naturalmente puede desvirtuarse mediante prueba en contrario. Por consiguiente su valor como ley es condicionado, y en cierto sentido inferior, y esto es lo que veda una equiparación completa a la ley del legislador, valga la redundancia»: SANTAOLALLA (1993, 219).

Para Santaolalla, el entendimiento de la violación de la Ley delegante por el Decreto Legislativo como vicio de inconstitucionalidad significaría mantener un concepto tan amplio y absoluto de ésta que llevaría a que todos los actos y disposiciones pudieran ser recurridos en inconstitucionalidad, también los Reglamentos ilegales por vulnerar el principio de jerarquía del artículo 9.3 CE y el sometimiento a la Ley del artículo 103.1 CE o los actos ilegales (arts. 9.3 y 103.1 CE: principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad, servicio con objetividad a los intereses generales), o las normas internas contrarias a los Tratados (art. 96 CE): SANTAOLALLA (1993, 214). Al margen de las dificultades para distinguir entre inconstitucionalidad directa e indirecta y de que, en este caso concreto, el TC acepta que estamos ante una violación constitucional (como ha subrayado CANO, 1994, 3), Santaolalla olvida que la Constitución otorga rango de ley a los Decretos Legislativos, por lo que se colocan en un plano absolutamente diferente al de los Reglamentos y, además, la norma fundamental realiza directamente un regulación minuciosa de la forma de producción de las normas delegadas, lo que no ocurre con el Reglamento.

(4) Bajo la espléndida dirección de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, dirección adjunta de F. VALDÉS DAL-RÉ y subdirección de M. E. CASAS BAAMONDE.

(5) Por ejemplo, RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 1998b y 1998c), CASAS Y VALDÉS (1994, 1995a, 1995b y 1995c).

(6) No está de más señalar que lo anterior nada tiene que ver con la aceptación o no de las tesis «constitucionalistas». Rodríguez-Piñero, por ejemplo, aceptando el rango de ley incondicionado del Decreto Legislativo, entiende, como más adelante se detallará, que la Constitución no cierra la posibilidad de un control judicial ordinario de aquél, como, por otra parte, ya había argumentado con anterioridad SANTAMARÍA (1988, 679). Además, como se verá a lo largo del tra-

Por otro lado, como el propio Rodríguez-Piñero ha señalado, el debate doctrinal «no ha encontrado reflejo ni en el Tribunal Constitucional, ni en los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, uno y otros asumen sin reticencias un control de esas disposiciones con fuerza de ley, sin cuestionar, al mismo tiempo, el control ejercido por el otro órgano jurisdiccional sea constitucional u ordinario» (7).

## 2. LA REFUNDICION DE TEXTOS LEGALES Y SUS EFECTOS

### 2.1. *La derogación de la Ley de refundición*

Uno de los temas que en los últimos años ha levantado cierta polémica ha sido el de los efectos derogatorios de los Textos Refundidos. El TS (Tribunal Supremo) sigue manteniendo su vieja doctrina de que «en caso de discordancia entre dichos artículos [Ley refundida y Decreto Legislativo], como después se razonará, ha de prevalecer el texto legislativo directo sobre el refundido, dado que éste carece de eficacia jurídica para poder modificar o efectuar innovaciones en aquél» (STS 27 de enero de 1979, Ar. 45) (8). De este razonamiento se deduce que existen dos normas (texto a refundir y Decreto Legislativo de refundición) cuyo contraste se resuelve con la superioridad de una de ellas, el texto a refundir, mientras que constitucionalmente lo más correcto sería establecer que el Decreto Legislativo no ha sido adecuadamente emitido por no ajustarse a la Ley de delegación y, por tanto, es inconstitucional. Lo que no puede hacerse es que un tribunal ordinario compare ambos textos, determine que el Decreto Legislativo contradice al texto legal anterior, y aplique directamente este texto.

El Decreto Legislativo existe con rango de ley y con efectos derogatorios de normas refundidas desde su entrada en vigor y hasta que no se declare expresamente su inconstitucionalidad o se derogue por otra norma del mismo rango. Los efectos derogatorios alcanzan, desde nuestro punto de vista, a la

---

bajo, los citados laboristas han discrepado en diversos aspectos de las posiciones mantenidas por el autor de estas líneas.

(7) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998c, 1). Es ciertamente curioso que el autor de las palabras citadas haya sido Presidente del Tribunal Constitucional de 1992 a 1995.

(8) En el mismo sentido, SSTS de 25 de septiembre de 1981 (Ar. 3294) y 5 de marzo de 1980 (Ar. 820); citadas por SANTAMARÍA Y PAREJO (1988, 48). Más recientemente, SSTS de 10 de febrero de 1995 (Ar. 1362), de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 8102), de 21 de marzo de 1997 (Ar. 2428), de 4 de abril de 1997 (Ar. 3118), de 9 de abril de 1997 (Ar. 3127).

propia Ley de delegación si ésta contenía una regulación substantiva incluíble en la refundición. Eso no obsta para que el órgano judicial competente declare que la refundición ha sido mal realizada, pero hasta ese momento la norma a aplicar en cualquier operación jurídica será el Decreto Legislativo, norma con rango de ley, y no la Ley de delegación o cualquier otra Ley refundida (9). Así lo ha declarado el TC al decir que «dado el rango de ley y el carácter único del texto aprobado [Decreto Legislativo 3050/1980], que en ocasiones supone incluso la regularización, aclaración y armonización de los textos legales refundidos (art. 82.1 y 5 CE), deben estimarse derogados los preceptos de los anteriores cuerpos legales que contienen una regulación idéntica a la del Texto Refundido, aún cuando, en puridad, no les afecte la cláusula derogatoria expresa contenida en la Disposición final primera, que se refiere tan sólo a los preceptos anteriores que contradigan el texto» (STC 141/1988, de 12 de julio).

Por otro lado, algunos autores han insistido en que el efecto derogatorio no alcanza a la propia Ley de delegación, al no guardar identidad material con el Decreto Legislativo y por ser aquélla el presupuesto constitucional habilitante del texto refundido, cuyo control solo sería posible si la Ley estuviera vigente (10). En la refundición de textos legislativos hay que distinguir entre la Ley de refundición como norma jurídica que necesariamente ha de desaparecer del Ordenamiento jurídico si es incluida en la propia refundición, ya que la derogación contenida en el Texto Refundido (11) tiene efectos desde la entrada en vigor de dicho Texto (12), y, por una parte, el mandato refundidor contenido en la Ley delegante que establece las condiciones de la delegación, cuyo respeto lo exige el artículo 82 CE y que ha de considerarse parámetro formal de cómo se ha realizado la refundición y, por otra, todos los textos refundidos que también sirven de parámetro, en este caso material, de la refundición contenida en el Decreto Legislativo. En definitiva, la Ley de delegación, si su contenido ha sido objeto de refundición, ya no existirá y, por tanto, no podrá ser de aplicación material por los operadores jurídicos, pero sí sirve de parámetro de cómo se ha realizado la operación de refundición, a efectos de vulneración o no del artículo 82 CE (13).

(9) CASAS Y VALDÉS (1995b, 10), en un, por otra parte, excelente análisis de los excesos de refundición contenidos en el Decreto Legislativo 1/1995.

(10) DÍEZ-PICAZO (1990, 300-301); en sentido similar, GUTIÉRREZ (1995, 173).

(11) Por ejemplo, Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, cuya Ley de refundición era la 27/1995, de 11 de octubre: «Quedan derogadas las siguientes Leyes: (...) 5. Ley 27/1995, de 11 de octubre (...)» (Disp. derogatoria única).

(12) En el caso citado en la nota anterior, «el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*».

(13) Así lo ha entendido también el propio TC: «Al fin y al cabo, la Ley de delegación, desde un punto de vista sustantivo o de contenido material, sólo puede ser derogada por el texto re-

## 2.2. La «adaptación» de textos legales

Otro problema que tiene relación con la refundición es el de la utilización en tiempos recientes de la denominada «adaptación». La Disp. Final 1.<sup>a</sup> de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, prorrogó «durante la totalidad de 1988 la autorización al Gobierno contenida en la disposición final tercera de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987 (14), haciéndola extensiva a las modificaciones introducidas en esta Ley, así como la adaptación del nuevo texto refundido a la Constitución y a las Leyes promulgadas con posterioridad al 4 de enero de 1977». Ante la impugnación de tal «adaptación», el TC entendió que la misma no encerraba «un alcance distinto a los términos utilizados por el artículo 82.5 CE —«regularizar, aclarar y armonizar»—, que siendo entre sí sustancialmente equivalentes, permiten, incluso, en la tarea refundidora, introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido» (STC 13/1992, de 6 de febrero).

Con posterioridad a esta STC, se aprobó la presunta Ley de delegación contenida en la Disp. adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, en la que «Se autoriza al Gobierno para adaptar en el plazo de seis meses la normativa actualmente vigente a las disposiciones anteriores». En virtud de la misma, se dictó el Decreto Legislativo 2/1994, de 25 de junio, de *modificación* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, *en lo que se refiere a la provisión de puestos de trabajo de funcionarios de Administración Local con habilitación nacional* (la cursiva es mía).

He de manifestar mi discrepancia con esta doctrina jurisprudencial, ya que lo correcto es utilizar los términos del artículo 82.5 CE, ya que, en caso contrario, parece querer irse más allá. En todo caso, aun aceptando la posición del

---

refundido en la medida en que, por lo que aquí interesa, haya incorporado los textos legales que deba refundir, sin que tampoco pueda olvidarse que, aun habiendo sido derogada, habrá de actuar siempre —mientras siga vigente el texto refundido— como parámetro para medir las eventuales extralimitaciones en que haya podido incurrir la refundición.» (STC 61/1977, de 20 de marzo).

(14) «Se autoriza al Gobierno para elaborar, antes del 30 de septiembre de 1987, un Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977».

TC en la delegación legislativa de la que la sentencia antes citada trae cuenta, se trataba de realizar el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria adaptado a la Constitución y a las leyes posteriores a la Ley General Presupuestaria de 1977, mientras que en la delegación de 1993 el objetivo ya no era la redacción de un Texto Refundido sino la de modificar, sin más, textos legales anteriores. El propio Consejo de Estado, en su Dictamen al Decreto Legislativo 2/1994, reconoció que «conceptual y constitucionalmente no se trata en el caso considerado de una delegación recepticia, en ninguna de las indicadas modalidades [Ley de Bases y Ley de refundición]» para, a pesar de ello, considerarlo constitucionalmente correcto, ya que, «como, en el caso del Texto Refundido 781/1986, de 18 de abril, nos encontramos ante una delegación legislativa que adapta un conjunto de normas en vigor. Es decir, el legislador, situado ante el ordenamiento jurídico funcional de los Cuerpos con habilitación de carácter nacional, opta, con ocasión de una norma legal más amplia sobre funcionarios, por atribuir al Gobierno una concreta facultad de modificar la legislación respectiva, también ordenada en su día mediante legislación delegada (...). Existe una delegación expresa, por un plazo fijo y con los criterios para su adaptación (...). Cumpliéndose en dicho supuesto los caracteres materiales exigibles de toda delegación legislativa, nada obsta a su consideración como tal» y que «los términos de la indicada disposición adicional novena [de la Ley 22/1993] configuran propiamente una autorización con rasgos de mandato vinculante para el Gobierno, el cual se inserta en la llamada genéricamente legislación delegada que confiere al Gobierno la obligación ineludible de introducir en los textos referidos a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, las modificaciones contenidas en la mencionada Ley 22/1993 y, en particular, las comprendidas específicamente en la citada disposición adicional» (Dictamen 992/94, de 23 de junio, Consideración III).

Como acertadamente señaló el Consejero L. Lavilla Alsina, si no estamos ni ante una Ley de Bases ni ante una Ley de refundición, «no hay, en definitiva delegación legislativa. Y, a partir de esa convicción, cree [el Consejero Lavilla] que los forzados matices y sutilezas en la fundamentación del dictamen mayoritario son tan admirables como decepcionantes por su inconsistencia» (Voto particular al Dictamen 992/1994, al que se adhirieron los Consejeros Jauralde Morgado y Alvarez de Miranda). En sentido, en lo que nos afecta, coincidente, el Consejero M. Jiménez de Parga dijo que «el principio rector a tener en cuenta para resolver el problema que se nos plantea no puede ser otro que el recogido en el artículo 82 de la Constitución. La potestad legislativa es indelegable, salvo expresa autorización constitucional. Por lo tanto, el artículo 82 es una excepción a la regla de la indelegabilidad, que debe ser interpretada de manera restrictiva. La disposición adicional novena de la Ley 22/1993, a juicio de este

Consejero, no puede incluirse en los supuestos constitucionales de posible habilitación al Gobierno, por parte del Legislador. No se ha producido, en suma, la delegación legislativa» (Voto particular al Dictamen 992/1994).

A lo anterior habría que añadir que la modificación de la legislación afectada pudo ser realizada por el legislador directamente en la Ley 22/1993. En todo caso, no estamos ante una refundición, sino ante una modificación legislativa realizada inconstitucionalmente, desde mi punto de vista.

La peligrosa tendencia a las «adaptaciones» legislativas se agrava cuando se autorizan directamente por el propio Gobierno como sucedió con el Decreto-Ley 6/1996, cuyo art. 4.8 estableció que «se autoriza al Gobierno para (...) adaptar al mismo [al propio Decreto-Ley] el artículo 124 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, por el que se creó el Ente Público RETEVISION». Como ha puesto de relieve el Consejo de Estado, al dictaminar el proyecto del que luego sería Decreto 2276/1696, de 25 de octubre, que desarrolla el citado Decreto-Ley, «la misma utilización del verbo «adaptar» aplicado a un precepto legal parece sugerir que se trata de una delegación legislativa del segundo tipo de las expuestas [de refundición].

Sin embargo, conviene tener en cuenta que tal delegación sólo resulta posible cuando se cumplen los exigentes presupuestos establecidos en la Constitución. Uno de ellos, coherente con los principios institucionales en juego, es que la delegación ha de producirse por las Cortes Generales —y ello se predica de ambos tipos de delegación—, como de forma inequívoca se dispone en el artículo 82.1 de la Constitución.

En suma, entiende el Consejo de Estado que no resulta posible la habilitación por medio de un Real Decreto-Ley para que el Gobierno dicte normas de rango legal, por más que éstas se limiten a «adaptar» un precepto legal anterior» (Dictamen 3389/1996, de 10 de octubre, Consideración II) (15).

### 3. EL CALCULO DE LOS PLAZOS DE ENTRADA EN VIGOR Y UTILIZACION DEFINITIVA DE LA DELEGACION LEGISLATIVA

Partiendo de que toda delegación legislativa constitucionalmente ha de tener un plazo para su utilización y que éste ha de ser concreto, el problema surge en la determinación de los momentos inicial y final de tal cómputo (16).

---

(15) Como consecuencia del Dictamen, el Decreto 2276/1696, de 25 de octubre, no contuvo ya la Disp. Adic. que modificaba lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley 37/1988.

(16) Sobre este particular ya me extendí en VIRGALA (1991a, 114 y sigs. y 1991b).



### 3.1. *La determinación de la fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa*

La fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa tiene importancia ya que a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la producción del Decreto Legislativo. El problema no existe si el término del plazo consiste en una fecha fija del calendario (17). Tampoco plantea problemas la entrada en vigor de la delegación legislativa si ésta se pospone a la fecha de publicación de la Ley de delegación (18) o a la de entrada en vigor de la ley si ésta consta expresamente en el texto legal (19). En estos dos últimos casos se corre el riesgo de que, al quedar legalmente en manos del Gobierno (que controla el BOE) la fecha de comienzo de la delegación, el plazo se amplíe excesivamente. Una solución podría ser entender como inconstitucionalidad sobrevenida la del artículo de la Ley delegante si el plazo marcado supone la superación de la legislación, una vez conocida la publicación de la ley.

Los problemas comienzan cuando se utilizan otras fórmulas. La primera suele ser la de fijar un plazo de tiempo sin vincularlo a ningún otro hecho, co-

(17) Leyes 50/1984: «durante 1985» lo que es una fórmula que conduce indirectamente a una fecha fija: antes del 31 de diciembre (prorrogada por la 46/1985 «durante 1986», Disp. Final 12.ª y ésta por la 21/1986 que fijó el plazo con la expresión «durante mil novecientos ochenta y siete», Disp. Final 7.ª, es decir, 31 de diciembre de 1987); 21/1986: «antes del treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y siete» (prorrogada por la 33/1987 «durante la totalidad del ejercicio de 1988», Disp. Final 1.ª, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1988); 5/1990: «antes del 1 de octubre de 1990» y «antes del 1 de octubre de 1991» (ambos casos eran prórrogas inconstitucionales de la Ley 39/1988, cuya delegación había caducado el 31 de diciembre de 1989, por lo que también lo serían los Decretos Legislativos 1.175/1990, de 28 de septiembre, y 1.259/1991, de 2 de agosto, que trajeron causa de dichas prórrogas); 31/1991, durante los seis primeros meses de 1992; 22/1992, hasta el 31 de diciembre de 1993; 37/1992, hasta el 31 de diciembre de 1993; 22/1993, hasta el 30 de junio de 1994; 25/1995, hasta el 30 de junio de 1996.

(18) Ha sido utilizado por las Leyes 33/1984: «un año a partir de la publicación de la presente Ley», Disp. Adic. 3.ª; 19/1989: «un año a contar desde la publicación de esta ley», Disp. Final 1.ª; 8/1990, un año desde la publicación de la Ley-Disp. Final 2.ª

(19) Leyes 32/1980: «seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley», Disp. Final 3.ª, «La Ley regirá desde el 1 de julio de 1980», Disp. Final 1.ª; 47/1985: «seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», art. 3.ª, «La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», Disp. Final; 39/1988: «un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley», art. 86.2, «La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», Disp. Final 2.ª; 29/1991, «un año a partir de la entrada en vigor de la presente Ley», Disp. Adic. 9.ª, «La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1992», Disp. Final 2.ª; 42/1994, tres meses desde la entrada en vigor, Disp. Final 7.ª; «La presente Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 1995», Disp. Final 8.ª

mo, por ejemplo, «plazo de seis meses» (20) o «plazo de un año» (21). La segunda suele ser la fijación de un lapso de tiempo a partir de la entrada en vigor de la Ley de delegación para establecer el comienzo del plazo, sin que la ley especifique la fecha de esa entrada en vigor (22).

Pues bien, este tipo de problemas se han puesto de manifiesto recientemente al determinar la STS de 3 de octubre de 1997 (Ar. 7704) que en estos supuestos ha de fijarse el cómputo de la delegación desde la finalización del plazo de veinte días de la *vacatio legis* del artículo 2 CC (Código Civil), por ser un principio general y deducirlo del artículo 2 de la propia Ley de delegación 7/1989, de 12 de abril, cuando estableció que ese artículo concreto, y no el resto de la Ley, entraría en vigor el mismo día de su publicación en el *BOE*.

A pesar de esta postura del TS (23), sigo manteniendo mi antigua posición (24) de que en este tipo de supuestos ha de mantenerse como fecha inicial la de la promulgación de la Ley de delegación, momento en el que Gobierno conoce ya fehacientemente la delegación contenida en la Ley de Cortes (25). Por el contrario, Rodríguez-Piñero apoya la interpretación contenida en la STS de 3 de octubre de 1997, es decir, la aplicación del artículo 2

(20) Disp. Final 6.ª de la Ley 8/1980; artículo 1 de la Ley 39/1980 y Disp. Adic. 9.ª de la Ley 22/1993.

(21) Disp. Final 1.ª de la Ley 7/1985, artículo 1.º de la Ley 7/1989 y artículo único de la Ley 18/1989.

(22) Ley 26/1990, «dos años a partir de la entrada en vigor de la Presente Ley», Disp. Final 1.ª

(23) Que parece no haber seguido siempre el Alto Tribunal, pues Borrajo ha señalado que en otras sentencias se entendió «que el Gobierno es el destinatario natural de una Ley de Bases cuyo tenor tiene que conocer sin necesitar de nuevos plazos»: BORRAJO (1997, 3347).

(24) Extensamente en VIRGALA (1991a, 121 ss.).

(25) Novo Cabrera parece que entiende que la fecha ha de ser la de la publicación, sin tener en cuenta la *vacatio legis*, pues el Gobierno es el destinatario de la Ley de delegación y la conoce desde la publicación: citado por RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 4).

Borrajo parece no decantarse, pues señala que «el plazo de un año para la articulación de las Bases se cumplió (s.e.u.o.) el 13 de abril de 1989 salvo que se entendiese que aun siendo una Ley de Bases cuyo destinatario es el Gobierno, gozaba de la *vacatio legis*»: BORRAJO (1997, 3343), para más adelante decir que «en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 es cierto que el artículo 2 precisó la fecha de su entrada en vigor. Pero de ahí no parece posible concluir sin más, que las Bases propiamente dichas seguían el curso ordinario de la *vacatio legis* al no contener pronunciamiento en la materia. Cuando en la elaboración y aprobación del Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, se rebasó el plazo marcado de dos años, se dictó un Decreto-Ley que prorrogó el plazo y que se cuidó de indicar que surtía efectos desde el 30 de diciembre de 1965, y que era el *dies ad quem* del plazo de dos años otorgado: se entendió que el plazo se cerraba, inexorablemente dicho 30 de diciembre de 1965, sin *vacatio legis*»: BORRAJO (1997, 3347-3348).

para la determinación del momento inicial de la delegación, salvo que la propia Ley de delegación excluya expresamente la *vacatio legis* (26). Los argumentos esgrimidos por el ex-Presidente del TC son los siguientes: que debe regir el principio de publicidad de las normas del artículo 9 CE; que el destinatario de una Ley de Bases no es sólo el Gobierno, «pues aunque no sea una ley de aplicación directa tiene alcance general y sus bases o «directivas» no sólo permiten el control *ultra vires*, sino que además para jueces y tribunales y para ciudadanos son elementos de referencia útiles para la interpretación del texto articulado»; y que la publicación es un elemento indispensable para que la ley pueda ser eficaz y vinculante para el Gobierno, no estando en una «situación sustancialmente distinta a la del resto de los ciudadanos, salvo en el cumplimiento de la orden de publicación que acompaña a su promulgación» (27).

Frente a lo anterior, puede aducirse en primer lugar que la garantía de la publicidad de las normas del artículo 9.2 CE obliga a la publicación oficial de las mismas para conocimiento de todos los ciudadanos, pero nada tiene que ver esto con que la fecha de esa publicación sea la del inicio del plazo de la delegación legislativa, ya que habrá publicidad de la Ley de Bases se tome como referencia inicial de la delegación una u otra fecha. En segundo término, el destinatario último de una Ley de Bases no es únicamente el Gobierno, pues una vez dictado el Decreto Legislativo, éste tiene que tener como referencia siempre a aquélla, pero hasta que no se emita la norma delegada, el único destinatario inicial de la Ley de Bases es el Gobierno. Por último, hay que tener presente que una cosa es que la publicación sea un elemento indispensable para la eficacia y vinculación de la Ley de Bases para el Gobierno y otra diferente es que el Gobierno pueda beneficiarse de su control del BOE para alargar el plazo acordado legislativamente. Rodríguez-Piñero apunta que el mandato de «inmediata publicación» del artículo 91 conjura el peligro de bloqueo de la publicación y que «no tiene tanta relevancia a efectos de la manipulación gubernativa del plazo de la delegación el que pueda tomarse en cuenta la fecha de la publicación o la de la *vacatio legis*» (28). Sin embargo, las conclusiones de quien se ha ocupado monográficamente del tema no son tan concluyentes. P. Biglino dice que «la ambigüedad de la fórmula utilizada [art. 91 CE], lejos de resolver problemas, provoca nuevos interrogantes. En efecto, es posible cuestionarse si fija un plazo perentorio para efectuarla o, al contrario, si tan sólo constituye un criterio en cuya valoración el órgano encargado de la publica-

---

(26) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 6).

(27) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 5).

(28) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 4).

ción goza de cierta discrecionalidad» (29) y que dicha fórmula del artículo 91 CE «no constituye una expresión vacía de contenido que autorice al Ejecutivo a demorar el momento de publicación según su conveniencia», pero también que al no establecerse un plazo determinado, la Constitución «atribuye a la Administración un cierto grado de libertad a la hora de interpretarlo. Esto no supone, sin embargo, que goce de discrecionalidad. En efecto, el mandato constitucional debe interpretarse conforme a pautas de razonabilidad, excluyendo que puedan producirse dilaciones indebidas» (30). En definitiva, se trata de poner de manifiesto que el Gobierno no podría, desde una posición de responsabilidad constitucional, demorar excesivamente la publicación de una Ley de Bases, pero sí modular el momento de dicha publicación lo suficiente como para conseguir ampliar el plazo de la delegación legislativa por unas semanas. Otra cosa es que, como la propia Biglino sugiere, el retraso en la publicación de una Ley de forma que pueda perjudicar a la finalidad de la misma podría producir la invalidez de la misma. En este caso, aunque la autora citada no se pronuncie tajantemente, podrían encontrarse las Leyes de delegación cuyo plazo de utilización para el Gobierno esté vinculado a la fecha de publicación, de forma que la Ley de delegación podría devenir inválida por su retraso en la publicación, al desnaturalizar la voluntad del Parlamento y siendo la invalidez de la ley la mejor manera de salvaguardar los intereses de las Cámaras (31).

### 3.2. *La fijación del momento final de utilización de la delegación legislativa*

El plazo de la delegación legislativa siempre tiene un final y éste es cuando el Gobierno ejercita esa delegación. Ese final ha de corresponder con la fecha en que la Ley de delegación estableció como término y que puede ser una fecha del calendario, un período computable en días, meses o años, o un suceso determinado. El día en que se cumple ese plazo fijado ha de corresponder con el ejercicio de la delegación por el Gobierno, pero, ese día puede entenderse referido al de aprobación por el Gobierno del Decreto Legislativo (o del último Decreto Legislativo, ya que pueden publicarse varios, como se explicará más adelante, y en ese caso servirá como referente la última norma delegada), a su publicación en el *BOE* o a su entrada en vigor tras la *vacatio legis*.

La ya reiterada STS de 3 de octubre de 1997 vuelve a ocuparse de este tema para establecer como momento final de la delegación legislativa el de la fe-

---

(29) BIGLINO (1993, 35).

(30) BIGLINO (1993, 174).

(31) BIGLINO (1993, 179 ss.).

cha de aprobación del Decreto Legislativo por el Consejo de Ministros, utilizando como único argumento el que «es doctrina de esta Sala», aunque, como con acierto apunta Rodríguez-Piñero, el TS ni la cita (32). Esta solución, que como en el caso anterior favorece un posible abuso por el Gobierno (33), entiendo que es contraria al texto constitucional y que, por el contrario, debería sustituirse por la fecha en que el Decreto Legislativo sea publicado en el *BOE*.

En mi monografía de 1991 apunté que la Constitución establece el plazo final de la delegación cuando dice que esta última «se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente» (art. 82.3) (34). Es decir, la norma fundamental se refiere a un momento concreto del proceso de formación de la norma delegada como es la publicación, por lo que debemos entender que el plazo de una delegación legislativa se cumple el día en que el Decreto Legislativo es publicado en el diario oficial. Es ese día de la publicación el que debe de confrontarse con lo dispuesto en la Ley de delegación. Si era una fecha concreta o un suceso cierto, deberá coincidir o ser anterior a dicha fecha o a la verificación de ese suceso (35); si se trataba de un período de tiempo, seis meses por ejemplo, se deberá comprobar si la fecha de publicación del Decreto Legislativo no es posterior en seis meses al momento de entrada en vigor de la delegación si la ley lo decía y, si no, a la fecha de promulgación de la ley. Esta posición deducible de la norma constitucional es, además, claramente laudable y lógica. La fecha de finalización del plazo de una delegación legislativa debe coincidir con el momento en que la norma delegada esté perfeccionada y que, además, pueda comprobarse por los órganos encargados de controlar ese plazo, que tal Decreto Legislativo existe ya de forma definitiva. Ese momento sólo coincide con su publicación en el *BOE*.

La fecha de aprobación en el Consejo de Ministros puede indicar que la

---

(32) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 7). La STS de 21 de enero de 1986 (Ar. 1569) también estableció el plazo final de la delegación en la fecha de deliberación del Consejo de Ministros, tal y como han señalado CASAS Y VALDÉS (1995c, 2).

(33) Siguiendo la interpretación del TS sobre la entrada en vigor de las leyes de delegación, el plazo final era el 2 de mayo de 1990, fecha en la que se publicó el Decreto Legislativo 521/1990, aunque fue promulgado el 27 de abril.

A estos efectos, véase el Decreto Legislativo 2/1995: el plazo final acababa el 1 de abril de 1995, el Decreto Legislativo se dictó el 7 de abril, se publicó el 11 de abril, pero se aprobó en el Consejo de Ministros del 31 de marzo. Borrajo (1997, 3348) ha señalado que con la doctrina del TS el «riesgo de abuso (negligente) en el apuramiento del plazo es evidente».

(34) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-ZAPATA (1996, 161).

(35) En el supuesto de remitirse la Ley de delegación a un suceso, pueden surgir problemas en cuanto a la determinación de la fecha de cumplimiento de este suceso. Si, por ejemplo, se trata de la fecha de celebración de las elecciones, el término de la delegación debería ser el día efectivo de celebración de los comicios.

norma está ya definitivamente redactada pero no hay medio efectivo de comprobarlo ya que esa aprobación en forma de texto normativo no consta en ningún registro oficial. La forma de funcionamiento del Consejo de Ministros permite introducir modificaciones posteriores a la norma formalmente aprobada y «por ello es una fecha que no ofrece suficiente garantía de certeza, ni el acta del correspondiente Consejo de Ministros garantiza la correspondencia entre el texto deliberado y aprobado en Consejo con el definitivamente adoptado por el Gobierno» (36). En cuanto a la firma por el Rey, tampoco podemos tener certeza de lo que es rubricado por el Jefe del Estado, ya que tampoco es publicado. Sólo tenemos certeza auténtica de que existe un Decreto Legislativo perfecto con texto articulado o refundido cuando aparece completo en el diario oficial del estado. ¿Qué es lo que se quiere decir con todo esto?: que existe la hipotética posibilidad de que el Gobierno diga que ha aprobado un Decreto Legislativo cuando no lo ha hecho o que diga que ha aprobado un Decreto Legislativo y luego lo rectifique. Como acertadamente señala Paladín (37) entre la emanación y la publicación se crea un intervalo impredecible, del que puede beneficiarse el Gobierno, como ha sucedido en la práctica en Italia con Ministros que han modificado disposiciones ya deliberadas en el Consejo de Ministros e incluso en casos excepcionales después de la emanación del Decreto Legislativo presidencial. En la España postconstitucional no tenemos ningún dato que nos lleve a verificar esto, pero sí que se han producido casos «sospechosos» (38). Para eliminar cualquier sombra de duda debería cumplirse estrictamente lo que la lógica impone y la Constitución ordena: el plazo de la delegación culmina en la fecha de publicación del Decreto Legislativo.

Esta argumentación ha sido últimamente criticada por Rodríguez-Piñero, señalando que en este caso no hay un precepto similar al artículo 2.1 CC y que mi mención del artículo 82.3 CE no es acertada. Frente a ello, he de decir que Rodríguez-Piñero tiene razón cuando aduce que el artículo 82.3 CE va dirigido a establecer que el Gobierno solamente puede utilizar una vez la delegación legislativa (aunque pueda hacerlo mediante más de un Decreto Legislativo), sin

(36) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 9).

(37) (1979, 25).

(38) Por ejemplo, el Decreto Legislativo 3.050/1980. La Ley 32/1980 entró a regir el 1 de julio (Disp. Final 1.<sup>ª</sup>), teniendo la delegación un plazo de ejercicio de «seis meses, a partir de la entrada en vigor de la Ley» (Disp. Final 3.<sup>ª</sup>). Si entendemos que el plazo comenzó el 1 de julio, su término sería el 2 de enero de 1981. Curiosamente, el Decreto Legislativo tiene fecha de 30 de diciembre de 1980, 4 días antes de la finalización del plazo, pero fue publicado 35 (!) días después: *BOE*, núm. 29, de 3 de febrero de 1981.

El Decreto Legislativo 521/1990, afectado por la anteriormente citada STS de 3 de octubre de 1997, también es ciertamente «sospechoso», como ya se dijo antes.

que pueda alegar tal delegación para modificar o derogar, dentro o fuera del plazo, el Decreto Legislativo ya emitido, pero creo que el magnífico laborista no acierta cuando dice que «esto y sólo esto es lo que dice el citado precepto constitucional» (39). La argumentación anterior en nada empece a que el artículo 82.3 CE *también* diga que la delegación se agota «mediante la publicación de la norma correspondiente», es decir, sigo pensando que la Constitución ha marcado como momento final de la delegación la publicación —y, por tanto, la fecha de ésta— del Decreto Legislativo o del último Decreto Legislativo, si la materia podía descomponerse en sectores diferenciados de la realidad social a normar.

Rodríguez-Piñero entiende que la expedición regia del Decreto Legislativo equivale a la promulgación legislativa y «la autenticidad del texto la otorga formalmente la orden real de expedición y su refrendo, el Rey ha autenticado y formalizado la voluntad normativa contenida en el texto gubernativo» (40). Admito que pueda haber «una publicidad registral que permita asegurar en caso de duda cuál es el texto auténtico, firmado por el Rey» (41), pero, sinceramente, desconozco si tal publicidad registral permite asegurar no sólo el texto auténtico, sino también, que es lo decisivo en este problema, la fecha en que efectivamente se produjo la expedición regia. A este propósito, las palabras de otro gran publicista, como J. A. Santamaría, me permiten seguir dudando de que sea sencillo fijar con precisión, antes de la publicación, la fecha de emanación de un Decreto Legislativo: la íntegra publicación de un Decreto Legislativo «es la única admisible, por ser la única que ofrece plena seguridad *erga omnes*; y ello no sólo por la tradicional falta de rigor que en nuestro ordenamiento se da en punto a la fecha de aprobación de los textos normativos (no ha sido infrecuente que las actas del Consejo de Ministro den por aprobada en una sesión una norma pendiente de redacción, en todo o en parte), sino por dos razones bien simples: primera, porque la publicación es el único dato inequívoco y comprobable *prima facie* del cumplimiento del plazo (todas las restantes hipótesis conducirían a pruebas materialmente inviables —como el tomar declaración al Rey en un proceso contencioso— o de nulo valor acreditativo de la verdad); y segunda, porque la publicación de un decreto legislativo es una condición de existencia, no de simple eficacia del mismo» (42).

---

(39) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 8).

(40) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 10).

(41) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 10).

(42) SANTAMARÍA (1988, 675-676).

#### 4. EL CONTROL DE LA HIPOTETICA INEXISTENCIA DE UN DECRETO LEGISLATIVO

Antes de entrar en lo que es el objetivo central de este trabajo, el análisis de la nueva LJCA, creo conveniente volver a reiterar algunas precisiones sobre la posibilidad, planteada por algunos constitucionalistas partidarios del rango de ley de los Decretos Legislativos, de que los Tribunales ordinarios controlen en determinados supuestos la validez de los Decretos Legislativos (43).

La vía abierta por Jiménez Campo en 1981 (44) para admitir la competencia de los Tribunales ordinarios sobre los vicios en el procedimiento de elaboración de los Decretos legislativos ha ido ampliándose con los años por otros autores hasta llegar a fundar en los mismos, como con gran agudeza hace, por ejemplo, I. Gutiérrez, la delimitación de jurisdicciones que pudiera derivarse del artículo 82.6 CE. Sigo pensando que tales posiciones conducen a una desnaturalización del rango de ley del Decreto Legislativo (45).

¿Cómo se justifica este tipo de control judicial ordinario sobre los Decretos Legislativos? I. Gutiérrez, que es el autor que más ha tratado el tema, dice que «una Ley no existente [es decir, no aprobada de la forma en que la CE lo establece] ni siquiera es susceptible propiamente de declaración judicial de nulidad, fuera quizá de ciertos peculiares modos de control abstracto; sólo cabe que los tribunales ordinarios no la apliquen» (46) y, de la misma forma, «no existe un Decreto Legislativo producido sin Ley delegante, o tras ser ésta derogada expresamente o declarada inconstitucional en su totalidad. No existe si la potestad delegada ha caducado por transcurso del plazo o se ha agotado por el uso de la delegación. No existe, por supuesto, si aparece como producido por órgano distinto del Gobierno (...). La norma delegada que no tenga conexión alguna con la materia transferida será *inexistente*; en otro caso, resultará sólo

---

(43) Como con acierto ha señalado T. Cano, el monopolio del TC «lo mismo quiebra si se permite que los Tribunales ordinarios comprueben los excesos del Gobierno en la delegación, que si lo que únicamente se admite es que realicen un «juicio meramente externo» para comprobar si se ha producido o no el presupuesto cuya presencia habilita al Gobierno para dictar normas con rango de ley»: CANO (1995, 3).

(44) JIMÉNEZ CAMPO (1981, 98 y sigs.).

(45) Puede verse en extenso mi trabajo de 1991 (172 y sigs.). Con posterioridad, T. Cano ha opinado que no es indiscutible que los preceptos de la LPA sean de aplicación a los Decretos Legislativos pues cuando dicha Ley habla de disposiciones de carácter general está refiriéndose a los Reglamentos y a los proyectos de ley; no estando sometidos los Decretos Legislativos a dicha elaboración: CANO (1995, 3). Fernández González también considera que la competencia jurisdiccional no se determina por el procedimiento de elaboración de la norma jurídica, sino por la naturaleza legal o reglamentaria de la misma: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1991, 32).

(46) GUTIÉRREZ (1995, 258).



*inválida* (o válida, naturalmente). Esta inexistencia por razón del contenido no debe extrañar, pues algunos autores defienden que se puede producir incluso en las Leyes formales, que carecen de una delimitación material de su competencia» (47).

Partiendo de la argumentación anterior, cabe hacer un catálogo de casos en los que se pueda considerar a un Decreto Legislativo como «inexistente»: por inexistencia de Ley de delegación (48), por absoluta desconexión material entre la delegación y la norma delegada (49), por aprobarse fuera del plazo concedido por las Cortes (50), por aprobarse derogando un Decreto Legislativo anterior vigente el plazo de delegación (51), por emitirse por órgano distinto al Consejo de Ministros (52).

Ante estos argumentos, sin haber realizado un exhaustivo examen de toda la jurisprudencia del TS, creo no errar demasiado si digo que la aplicación de tal doctrina no se aplica por los Tribunales ordinarios a los Decretos Leyes y, mucho menos, a las Leyes (53). Un Decreto-Ley aprobado por órgano distinto del Gobierno, por ejemplo un Ministro, en materia que claramente afecte a las mencionadas en el artículo 86 CE, en casos absolutamente negados de extraordinaria y urgente necesidad, etc., es un Decreto-Ley inconstitucional, si así lo entiende el TC, pero no he leído que nadie propugne su inaplicación directa por los Tribunales ordinarios, por la sencilla razón de que el TC tiene un auténtico «monopolio» para el control de validez de cualquier norma con rango de ley en su totalidad. Si todo lo anterior fuera correcto, ¿por qué no aplicar la misma doctrina al Decreto Legislativo?

---

(47) GUTIÉRREZ (1995, 259).

(48) JIMÉNEZ CAMPO (1995, 1936), OTTO (1987, 193), BALAGUER (1992, 94), GUTIÉRREZ (1995, 259).

(49) OTTO (1987, 193), GUTIÉRREZ (1995, 259).

(50) JIMÉNEZ CAMPO (1995, 1939), BALAGUER (1992, 95), GUTIÉRREZ (1995, 259).

(51) BALAGUER (1992, 95).

(52) GUTIÉRREZ (1995, 259).

(53) P. Biglino, analizando el problema de la publicación de las Leyes, ha dicho que «el control que ejerce el Tribunal Constitucional es sobre la validez de la ley en su totalidad. Por ello, incluye todas las actuaciones necesarias para su elaboración, y no sólo las que se verifican en el seno de las Cámaras. Nada impide, por lo tanto, que el Tribunal entre a analizar si las operaciones de publicación se han realizado conforme a lo exigido en la propia Constitución o si, al contrario, presentan algún vicio que pueda afectar a la validez de la ley»: BIGLINO (1993, 137).

5. LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LJCA) Y EL CONTROL  
DE LOS EXCESOS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

Lo primero que hay que señalar es que la reforma legal ha afectado simultáneamente a la LOPJ, para adecuarla a las innovaciones introducidas en la nueva LJCA de la misma fecha. Así, en lo que aquí importa, se dispone que: «Los [Tribunales y Juzgados] del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción (...)» (art. 9.4 de la LOPJ, tras su reforma por la LO 6/1998, de 13 de julio), realizando una remisión a lo establecido en la LJCA.

La LJCA viene a reforzar las posiciones tanto de los que en este trabajo he denominado «administrativistas» (54) como las de quienes manteniendo el rango incondicionado de ley de los Decretos Legislativos entendían que el artículo 82.6 CE rompía el monopolio del TC en el control de las normas con rango de ley (55).

La Exposición de Motivos de la LJCA no sólo no explica las razones que han conducido a la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa del

---

(54) Así lo ha entendido ya F. Garrido Falla al proclamar que la discusión sobre la impugnabilidad de los Decretos Legislativos «queda definitivamente resuelta, confirmando mi propia idea de que el contencioso-administrativo es más que un control de la Administración pública un sistema total de fiscalización del Poder Ejecutivo»: GARRIDO FALLA (1998, 3). Sin embargo, el Catedrático de Derecho Administrativo inmediatamente antes había dicho que en la Constitución de 1978 el Gobierno queda sometido al control de los tribunales, pero «¿alcanza éste a la totalidad de su potestad normativa? Una respuesta demasiado amplia incluiría a los Decretos-Leyes, pero si es demasiado restrictiva excluiría a los Decretos Legislativos. Descartada la posibilidad de impugnar los Decretos-Leyes (sólo impugnables ante el TC), la discusión se centra en los segundos»: Garrido Falla (1998, 2), con lo que reconoce que el contencioso-administrativo no es un «sistema total» de fiscalización del Ejecutivo, al quedar excluidos del mismo los Decretos-Leyes.

(55) Por ejemplo, CANO (1995, 3-4).

Fernández González entendía que al no ser norma interpuesta la Ley de delegación, el control del *ultra vires* del Decreto Legislativo no lo era de constitucionalidad, por lo que, al no haber atribución expresa de tal control al TC, había que entender modificada ya la LJCA desde 1978 por la Constitución. Este autor propuso, frente a tal situación, la modificación de la LOTC para adjudicar expresamente dicho control al TC, pues, en caso contrario, los Tribunales seguirían enjuiciando normas con rango de ley, lo que entendía inadecuado: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (1991, 32 y sigs.).

control del exceso de los Decretos Legislativos, sino que, por el contrario, tal atribución parece realmente no existir: «Sólo a raíz de la de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ello, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y *el control de la potestad reglamentaria* y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales (...)» (56) o «respetando la tradición y de conformidad con el artículo 106.1 de la Constitución, se le asigna *el control de la potestad reglamentaria* y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo» (57). De la misma forma, se olvida de los Decretos Legislativos al proclamar que en el control judicial de las disposiciones generales se procura que la impugnación «aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas (...). La solución pasa por unificar la decisión judicial [en recursos indirectos] sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos *erga omnes*. De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente de un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad» (58), eludiendo los problemas que surgen (y que luego plantearé) al permitir el pronunciamiento sobre la misma cuestión tanto a la jurisdicción ordinaria como al Tribunal Constitucional.

Entrando en el contenido de la nueva LJCA, la referencia a los Decretos Legislativos se produce en su artículo inicial que regula la competencia de los órganos judiciales contencioso-administrativos: «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación» (art. 1.1 LJCA). Dejando al margen la ambigüedad contenida en la refe-

(56) Exposición de motivos de la LJCA: Punto I. Justificación de la reforma. La cursiva es mía.

(57) Exposición de motivos de la LJCA: Punto II. Ámbito y extensión de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La cursiva es mía.

(58) Exposición de motivos de la LJCA: Punto V. Objeto del recurso.

rencia a «los límites de la delegación» y no a «los límites de la Ley de delegación» (59), parece que la LJCA atribuye a los órganos judiciales contencioso-administrativos el control del *ultra vires*. Esta atribución jurisdiccional que para muchos ya estaba implícita o explícitamente en el artículo 82.6 CE y que, *de facto*, funcionaba ya desde, al menos, 1977, supone la consagración legislativa de la concurrencia entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional sobre el mismo tipo de norma jurídica y con el mismo objeto.

La crítica de la situación anterior ya ha sido realizada por la doctrina constitucionalista durante los últimos veinte años, por lo que no voy a reiterarla aquí (60). Sin embargo, entiendo conveniente poner de manifiesto las diversas situaciones a las que conduce esa dualidad de jurisdicciones y los problemas prácticos que acarrea y que la LJCA no resuelve, como no los resolvía la jurisprudencia anterior, tanto ordinaria (61) como constitucional (62).

### 5.1. *Control por la jurisdicción contencioso-administrativa de los excesos de los Decretos Legislativos*

#### 5.1.1. *Control inicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa*

El artículo 1.1 LJCA permite que los órganos jurisdiccionales de lo con-

---

(59) Lo que podría conducir a interpretar que cualquier extralimitación del Decreto Legislativo con respecto a lo que la Constitución establece para toda delegación es controlable por la jurisdicción ordinaria.

(60) Vid. nota 3.

(61) Un análisis crítico de la misma hasta el final de 1992 puede verse en VIRGALA (1997a). Con posterioridad a esa fecha, la jurisprudencia no ha variado su posición: así, por ejemplo, STS de 15 de junio de 1996 (Ar. 6680) («estos Decretos Legislativos tienen la naturaleza de disposiciones de rango legal, solo en la medida que hayan respetado la delegación legislativa o recepticia, de modo que, en cuanto se extralimiten de la misma, no la respeten, la vulneren, o incumplan el plazo establecido, tendrán la naturaleza de simples disposiciones reglamentarias, impugnables en vía contencioso-administrativa»); en idéntico sentido SSTs de 10 de febrero de 1995 (Ar. 1362), de 17 de abril de 1995 (Ar. 3323), de 9 de abril de 1997 (Ar. 3127), de 25 de junio de 1997 (Ar. 5382).

El Consejo de Estado viene manteniendo también esa posición: «el rango de Ley es predicable del Decreto Legislativo de refundición sólo *intra vires* de la delegación; *ultra vires* no hay rango de Ley» (Dictamen 271/93, de 29 de marzo).

(62) Excluyo de este análisis los supuestos de inconstitucionalidad de la Ley de delegación y de inconstitucionalidad del propio Decreto Legislativo por causas ajenas al exceso de éste respecto a la primera. Al respecto, me remito a VIRGALA (1991a, 187 ss. y 1997a). Ha tratado también en extenso este tema I. GUTIÉRREZ (1995, 221 ss.).

tencioso-administrativo (63), dejando al margen al TS y a los TSJ (Tribunales Superiores de Justicia) (64) de los que luego me ocuparé, decidan la adecuación del Decreto Legislativo a su Ley de delegación. Este control convierte al juez ordinario, como señala con acierto Rodríguez-Piñero, en un legislador negativo al determinar la adecuación de la elección normativa del Gobierno, «papel que es más propio del juez constitucional, con su capacidad de auto-restricción, que del juez ordinario, más propenso a intervenir en la discrecionalidad «administrativa», siendo así que aquí no estamos ante actuaciones administrativas propiamente dichas sino ante decisiones del Gobierno, al que constitucionalmente le corresponde el ejercicio de la legislación delegada» (65).

La consagración legal del control judicial ordinario conduce irremediablemente a la inseguridad jurídica, ya que dependerá del criterio de cada órgano judicial el que una norma con rango de ley se aplique por considerarla *intra vires* o que no se aplique por *ultra vires*. Se puede aducir que la LJCA resuelve este problema con los recursos de apelación y casación y con la creación de la denominada «cuestión de ilegalidad», pero, sin embargo, esto no es así en el tema que nos ocupa, como más adelante se dirá (66). De todas formas, hasta que recaiga la sentencia definitiva [que, a pesar de lo dispuesto

---

(63) Juzgados unipersonales (art. 8 en relación con el art. 26.1 LJCA), Juzgados Centrales (art. 9 en relación con el art. 26.1 LJCA), Audiencia Nacional (art. 11 en relación con el art. 26.1 LJCA), todos ellos en recursos indirectos en los que sea de aplicación un Decreto Legislativo autonómico o central. Además, hay que incluir en este supuesto a los Tribunales Superiores de Justicia cuando resuelvan recursos indirectos en los que sea de aplicación un Decreto Legislativo del Gobierno central (art. 10 en relación con el art. 26.1 LJCA), ya que no están capacitados para anularlos directamente (art. 27.2 LJCA).

(64) En este último caso, en recursos directos, indirectos y «cuestión de ilegalidad» contra Decretos Legislativos autonómicos.

(65) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998c, 3). En este sentido, este autor ha criticado detalladamente la ya citada STS de 3 de octubre de 1997 en la que se declaró la inadecuación del Decreto Legislativo 521/1990 a la Ley 7/1989. Los argumentos del TS no se limitaron a un examen de la compatibilidad entre la primera y la segunda normas citadas, «sino que incluyen un examen de fondo de la elección normativa e incluso un juicio de oportunidad o razonabilidad de la norma, pese a su fuerza de ley»: RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998c, 7). A mayor abundamiento, el TS entendió válida la publicación del Decreto Legislativo 521/1990 en el BOE del 2 de mayo y no en su rectificación de errores del 23 de mayo, con la consecuencia final de la vigencia de una norma con rango de ley de autor desconocido e ignorado, ya que el TS llega a decir que el que consideró vigente no significa que sea «el aprobado por el Consejo de Ministros, si efectivamente no lo fue». Sobre los problemas que ha planteado esta sentencia puede verse en extenso: RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998a, 1998b y 1998c).

(66) Los problemas también existirán en el control de las normas reglamentarias, como ha puesto ya de manifiesto ALVAREZ-CIENFUEGOS (1998, 2).

en los arts. 66 y 126.4 LJCA, puede ser un período largo de tiempo], el ciudadano no sabrá si le es de aplicación o no una norma con rango de ley como es el Decreto Legislativo.

Por otra parte, los órganos contencioso-administrativos pueden, además de lo anterior, plantear también una cuestión de inconstitucionalidad por el mismo tema ante el TC, lo que conduce a una acumulación de jurisdicciones con los problemas que luego se señalarán (67). Finalmente, cabe que la parte del proceso contencioso-administrativo que se sienta perjudicada por la inaplicación del Decreto Legislativo, norma con rango de ley válida hasta que el TS o el TC declaren su nulidad, plantee un recurso de amparo por violación del artículo 24 CE.

### 5.1.2. Control por el TS o TSJ

#### 5.1.2.1. Control por el TS

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TS es el órgano judicial competente para poder declarar la nulidad de las disposiciones generales dictadas por el Consejo de Ministros [art. 12.1.a) LJCA] (68), y de las disposiciones generales dictadas por los Gobiernos autonómicos en recurso indirecto (69). Las dificultades de la aplicación de este control, en virtud del artículo 1.1 LJCA, a los Decretos Legislativos, surgen desde el momento mismo de la im-

---

(67) Como hace años apuntó ya I. de Otto, la dualidad de controles «no puede conducir más que a la inseguridad jurídica, por ejemplo a que un juez proceda por sí mismo a inaplicar el decreto legislativo que estima *ultra vires* mientras que otro, por el contrario, plantee la cuestión de inconstitucionalidad, con el posible resultado de que el Tribunal Constitucional declare que el decreto no incurrió en exceso»: OTTO (1987, 193).

LAVILLA (1987, 311-312) propuso en su día la suspensión de los procesos contencioso-administrativos hasta la resolución por el TC de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta solución, además de requerir una expresa determinación normativa, como ha dicho I. GUTIÉRREZ (1995, 235-236), no resolvería la hipotética contradicción entre la sentencia del TC y los procesos fenecidos con anterioridad al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

(68) Tanto sea en recurso directo (art. 25.1 LJCA), indirecto (art. 26.1 LJCA, en este caso sin necesidad de plantearse la «cuestión de ilegalidad»: art. 27.2 LJCA), o de casación (arts. 86 y sigs. LJCA).

(69) Así parece indicarlo el artículo 27.3 LJCA cuando dice que «Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma».

pugnación, ya que la LJCA establece que «si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de la demanda» (art. 129.2) y que «la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2 (...)» (art. 134.2). Todo ello conduce a que la jurisdicción ordinaria no sólo pueda anular una norma con rango de ley, sino que, con anterioridad, pueda suspender su vigencia.

Si la STS desestima el recurso, hay que entender que los órganos contencioso-administrativos quedan vinculados a dicha decisión (70) y que habrán de aplicar obligatoriamente el Decreto Legislativo. Si en un proceso judicial ordinario se hubiera fallado ya inaplicando el Decreto Legislativo cabría, si se estuviera en plazo, la interposición de un recurso de apelación ante la AN (Audiencia Nacional) o el TSJ correspondiente [art. 81.2.d) LJCA] o, en su caso, de un recurso de casación por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico» [art. 88.1.d) LJCA]. Si en dicho proceso la sentencia fuera ya firme, y se estuviera en plazo, cabría la presentación de un recurso de amparo por violación del artículo 24 (inaplicación de norma válida). A pesar de la STS, si se hubiera interpuesto, con anterioridad a la misma, una cuestión de inconstitucionalidad ésta podría seguir tramitándose, y cabría también su interposición posterior (71).

Si la STS estima el recurso, «Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada (...)» [art. 71.1.a) LJCA], y dicha anulación «producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiere sido la disposición anulada (...)» (art. 72.2 LJCA) (72). En el caso de que la norma delegada se hubiera aplicado en un proceso judicial ordinario y éste no haya fenecido, cabría, si se estuviera en plazo, la interposición de un recurso de apelación ante la AN o el TSJ correspondiente [art. 81.2.d) LJCA] o, si cupiese, de un recurso de casación por «in-

(70) En caso contrario, la parte perjudicada podría presentar un Recurso de casación por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico [art. 88.1.d) LJCA].

(71) Vid. apartado 5.2.

(72) Por su parte, el artículo 107.2 LJCA dispone que: «Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en el diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia».

fracción de las normas del ordenamiento jurídico»; si hubiera fenecido, debería revisarse la sentencia si la anulación del Decreto Legislativo «supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente» (art. 73 LJCA) y en los demás casos, si se estuviera en plazo, cabría la interposición de un recurso de amparo por violación del artículo 24 CE (aplicación de norma inválida). A pesar de la declaración de nulidad del TS, si se hubiera interpuesto con anterioridad a la sentencia una cuestión de inconstitucionalidad ésta podría seguir tramitándose (73).

#### 5.1.2.2. Control por el TSJ

Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ son los órganos judiciales competentes para poder declarar la nulidad de las disposiciones generales emanadas por las Comunidades Autónomas [art. 10.1.a) LJCA] (74) y hay que entender que su interposición puede dar lugar también a la suspensión del Decreto legislativo como disponen los artículos 129.2 y 134.2 LJCA antes citados.

Si la STSJ desestima el recurso, los órganos contencioso-administrativos radicados en la Comunidad Autónoma quedan vinculados a dicha decisión [art. 88.1.d) LJCA] y habrán de aplicar obligatoriamente el Decreto Legislativo. Si en un proceso judicial ordinario se hubiera fallado ya inaplicando el Decreto Legislativo, y se estuviera en plazo, cabría la interposición de un recurso de apelación [art. 81.2.d) LJCA] ante el propio TSJ. Si en dicho proceso la sentencia fuera ya firme, y se estuviera en plazo, cabría el recurso de amparo por violación del artículo 24 (inaplicación de norma válida). A pesar de la STSJ, si se hubiera interpuesto, con anterioridad a la misma, una cuestión de inconstitucionalidad ésta podría seguir tramitándose, y cabría también su interposición posterior (75).

Si la STSJ estima el recurso, le son de aplicación los artículos 71.1.a) y 72.2 LJCA previamente mencionados. En el caso de que la norma delegada se hubiera aplicado en un proceso judicial ordinario y éste no hubiera fenecido, cabría la interposición de un recurso de apelación [art. 81.2.d) LJCA] ante el propio TSJ o ante la AN, dependiendo del Juzgado inicial; si hubiera fenecido, debería revisarse la sentencia si la anulación del Decreto Legislativo «supusie-

---

(73) Vid. apartado 5.2.

(74) Sea en recurso directo (art. 25.1 LJCA), indirecto (art. 26.1 LJCA, teniendo el TSJ capacidad para declarar la validez o nulidad de la disposición general: art. 27.2 LJCA) o de apelación contra sentencias de los Juzgados unipersonales [art. 81.2.d) LJCA].

(75) Vid. apartado 5.2.



ra la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente» (art. 73 LJCA) y en los demás casos, si se estuviera en plazo, cabría la interposición de un recurso de amparo por violación del artículo 24 CE (aplicación de norma inválida). A pesar de la declaración de nulidad del TSJ, si se hubiera interpuesto con anterioridad a la sentencia una cuestión de inconstitucionalidad ésta podría seguir tramitándose (76).

### 5.1.2.3. La «cuestión de ilegalidad» por previa declaración de ilegalidad de un Decreto Legislativo

Como antes se ha dicho, la inseguridad jurídica provocada por sentencias contradictorias de los órganos inferiores de la jurisdicción Contencioso-administrativa, podría haberse resuelto mediante la «cuestión de ilegalidad» creada por el artículo 27.1 LJCA, pero, sin embargo, eso no es así, como ahora intentaré demostrar.

¿Cómo funciona la «cuestión de ilegalidad»?:

«1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada (77), deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición (78), salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma» (art. 27 LJCA).

«Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 7.1.a), 71.2, 72.2 y

(76) Vid. apartado 5.2.

(77) En virtud del artículo 1.1 de la LJCA habría que entender incluidos a los Decretos Legislativos que se excedan de los límites de su delegación.

(78) El Tribunal competente en materia de Decretos Legislativos sería el TS si la norma delegada ha sido aprobada por el Gobierno central [art. 27.1 en relación con el 12.1.a) LJCA] o el TSJ si la norma delegada ha sido dictada por un Gobierno autonómico [art. 27.1 en relación con el 10.1.a) LJCA].

73. Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión» (art. 126.2 LJCA).

La «cuestión de ilegalidad» puede parecer, a primera vista, que es una transposición al ámbito de la legalidad ordinaria de lo que representa en el plano constitucional la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, y tal y como ya nos anuncia la propia Exposición de Motivos de la LJCA, la inspiración es parcial: «La regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del *reglamento cuya ilegalidad se deduce*, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez» (79). La «cuestión de ilegalidad» sirve para depurar técnicamente el Ordenamiento jurídico para el futuro, pero no condiciona el fallo que el juez inicial ha dado al caso planteado con la inaplicación de la norma cuestionada (80), lo que puede ser entendible, que no justificable, porque ha sido competencia del juez ordinario inaplicar los Reglamentos que considera ilegales desde mucho antes de la Constitución de 1978 (81). El problema que acarrea tal mecanismo es la posible contradicción entre la decisión judicial inicial y la del órgano superior que resuelve la «cuestión de ilegalidad», situación que se convierte en muy grave cuando afecta a una norma con rango de ley como los Decretos Legislativos.

En cuanto al resto de procesos judiciales, los efectos de la sentencia en una «cuestión de ilegalidad» serán los que ya hemos comentado en los apartados an-

(79) Exposición de Motivos de la LJCA: Punto V. Objeto del recurso. La cursiva es mía.

(80) «El Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos *reglamentarios* cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda (...)» (art. 123.1 LJCA). La cursiva es mía.

«La sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla» (art. 126.5 LJCA).

(81) Garrido Falla ha señalado que la intención del legislador ha sido buena, pero que la solución, inspirada en el artículo 163 CE, no deja de plantear problemas que conducen a una radical incongruencia, ya que la cuestión de ilegalidad se plantea con posterioridad a la firmeza de la sentencia dictada por el órgano judicial que la planteó que, por consiguiente, ya habrá declarado la ilegalidad de la disposición, pero ¿qué pasa si el Tribunal superior competente declara la legalidad de la disposición administrativa?: GARRIDO FALLA (1998, 3-4).

teriores para las sentencias del TS o TSJ en recurso directo o indirecto. Quisiera reiterar que nada impide a cualquier órgano judicial plantear ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad antes de tener conocimiento de la sentencia de una «cuestión de ilegalidad» que afecte al mismo Decreto Legislativo, o después si ésta fue desestimatoria, con los problemas que expodré en el siguiente apartado.

## 5.2. *Control por la jurisdicción constitucional de los excesos de un Decreto legislativo*

La jurisprudencia constitucional ha aceptado, hasta el momento, que la jurisdicción del TC abarca también a los excesos que pueda cometer el Decreto Legislativo con respecto a la establecido en su Ley de delegación (82). Por lo tanto, cabe, en primer lugar, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por tal motivo y, en un cualquier momento, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por cualquier órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto si no se ha dictado todavía por el órgano competente sentencia anulatoria del Decreto Legislativo (en recurso directo, indirecto, de apelación, de casación, o «cuestión de ilegalidad») como si la ha habido desestimando la ilegalidad de la norma delegada.

### 5.2.1. *La declaración de inconstitucionalidad por exceso en un Decreto Legislativo*

La declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, por el Tribunal Constitucional plantea los siguientes escenarios:

a) La imposibilidad de revisar los procesos judiciales fenecidos en los que se haya aplicado el Decreto Legislativo, salvo que se den las circunstancias del artículo 40 LOTC. En este último supuesto, y en los procesos judiciales sin sentencia firme, si no revisase de oficio la sentencia, cabría la interposición de un recurso de apelación [art. 81.2.d) LJCA] o de casación [art. 88.1.d) LJCA], dependiendo de los casos.

---

(82) Fundamentalmente, por la STC 47/1984, de 4 de abril: «El control de los excesos de delegación corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los decretos legislativos a las leyes de delegación se deduce del artículo 82.6 de la Constitución (...). Por lo tanto, la nulidad de la norma originada por el exceso en la delegación —y la resultante inaplicación de la misma— pudo apreciarse en la instancia, debiendo el Magistrado de trabajo advertir a la parte de los recursos procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley de Procedimiento Laboral» (FJ. 3.º).

b) La desautorización expresa del TS o del TSJ si en una «cuestión de ilegalidad» o en un recurso directo, indirecto, de apelación o de casación hubiera dictaminado, con anterioridad a la STC (83), la adecuación del Decreto legislativo (84).

### 5.2.2. *La declaración de constitucionalidad del Decreto Legislativo*

La declaración de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional podría dar lugar a las siguientes situaciones:

a) La imposibilidad de revisar los procesos judiciales con sentencia firme en los que no se haya aplicado el Decreto legislativo por haberlo considerado *ultra vires*, con el consiguiente perjuicio para las partes que pretendían la aplicación de una norma con rango de ley que el TC con posterioridad ha declarado plenamente válida. En todo caso, el único remedio para los afectados, si se estuviera en plazo, sería la presentación de un recurso de amparo por vulneración del artículo 24 CE.

Si la sentencia la hubiera dictado un órgano judicial inferior, habría tenido forzosamente que plantear la «cuestión de ilegalidad», por lo que si ésta no hubiera sido resuelta al conocerse la STC debería terminarse con sentencia que aplicara lo establecido en la previa STC. Si la «cuestión de ilegalidad» hubiera sido resuelta en sentido contrario a la del STC, nos encontraríamos con la situación descrita en el apartado c).

b) La posibilidad de revisar los procesos judiciales no fenecidos mediante un recurso de apelación o de casación, según los casos, y, además, la de un recurso de amparo por vulneración del artículo 24 CE.

c) La desautorización expresa del TS o TSJ si en una «cuestión de ileg-

---

(83) Cabe incluso que la desautorización se produzca con respecto a una STS o STSJ posterior a la STC, ya que hipotéticamente es posible que las dos sentencias se solapen, de tal manera que el TS o TSJ dicte su sentencia sin conocer la del TC por producirse simultáneamente o con pocos días de diferencia. La STS o STSJ no tendría efectos jurídicos generales, pues la norma afectada habría desaparecido del Ordenamiento jurídico, pero si estuviéramos en recurso indirecto podría haber una parte perjudicada por la aplicación de un Decreto Legislativo declarado inconstitucional. En este caso, pienso que podría presentarse un recurso de casación si la sentencia la dictó un TSJ o un recurso de amparo por vulneración del artículo 24 CE si la sentencia la dictó el TS.

(84) Lo más prudente para evitar esa desautorización sería que el TS o TSJ esperara a que el TC se pronunciara. Aunque desconozco si fue esta la causa, parece que algo de ello hubo en la STS de 25 de junio de 1997 (Ar. 5382), consecuencia de un recurso directo presentado en 1992 contra el Decreto Legislativo 1/1992, pronunciada 3 meses después de que lo hiciera la STC 61/1997, de 20 de marzo, declarando inconstitucional un número elevado de artículos de tal Decreto Legislativo.

lidad» o en un recurso directo, indirecto, de apelación o de casación hubiera dictaminado, con anterioridad a la STC, la nulidad del Decreto Legislativo. Si el TC tuviera conocimiento de la STS o STSJ antes de dictar la suya propia, podría entender inexistente el Decreto Legislativo al haber sido expulsado del ordenamiento jurídico, pero, de acuerdo a la doctrina constitucional (85), podría entrar a conocer, a pesar de lo anterior, del Decreto legislativo. En todo caso, cabe hipotéticamente siempre que las dos sentencias se solapen, de tal manera que el TC dicte su sentencia sin conocer la del TS o TSJ por producirse simultáneamente o con pocos días de diferencia. En este supuesto, que demuestra hasta el límite los absurdos a los que da lugar el artículo 1.1 LJCA, si la STS o STSJ se publicara antes de la STC, debería primar la primera al haber producido ya la expulsión del Ordenamiento jurídico del Decreto Legislativo, aunque con la paradoja de existir, aun sin producir efectos jurídicos directos, una STC radicalmente contradictoria con aquélla. Si la STS o STSJ se publicara después de la STC, debería primar ésta por provenir del Interprete supremo de nuestro Ordenamiento, pero la confusión que crearía tal situación podría ser enorme. Finalmente, si ambas sentencias se publicaran el mismo día, entiendo que también debería prevalecer la del STC.

### 5.3. *Control de los excesos de los Decretos Legislativos por jurisdicción diferente de la contencioso-administrativa*

Un aspecto de esta cuestión que los defensores del control de los Decretos Legislativos por la jurisdicción ordinaria no suelen abordar, es que tal control suele realizarse también en otros ordenes jurisdiccionales diferentes del contencioso-administrativo (86) en los cuales no es de aplicación, lógicamente, el artículo 1.1 de la nueva LJCA ni existe la posibilidad de plantear una «cuestión de ilegalidad». ¿Debemos entender que, ante la falta de previsión legal al respecto, no pueden tales órganos jurisdiccionales controlar los excesos de las normas delegadas? ¿Si pueden controlar tales excesos, cómo se soluciona la posible contradicción entre las sentencias de diversos tribunales ordinarios?,

---

(85) STC 60/1986, de 20 de mayo: «es función esencial de esta jurisdicción garantizar «la primacía de la Constitución» (art. 27.1 de la LOTC) y asegurar en todo momento, sin solución de continuidad, el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa preconizado por la Norma fundamental, depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema, con independencia de que se encuentren o no en vigor cuando se declara su inconstitucionalidad».

(86) Por ejemplo, STS de 2 de julio de 1980 (Ar. 3098), en recurso de casación penal: vid. VÍRGALA (1991a, 181).

¿Será el TS, en su caso, el encargado de unificar doctrina?, Si fuera así, ¿cómo se solucionaría el conflicto con una STC divergente de la STS?

Para terminar este trabajo, resultan sumamente ilustrativas las palabras de M. Rodríguez-Piñero, que me permito citar a continuación: «En conclusión, la aceptación expresa por la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo del control judicial del *ultra vires*, aun circunscrito a la estricta compatibilidad entre ley delegante y ley delegada, no deja de suscitar dudas y supone, al mismo tiempo, un reto para los órganos judiciales, en especial en el caso de los textos articulados, que requiere cambiar radicalmente el método de enjuiciamiento de los textos normativos reglamentarios al que están acostumbrados. En todo caso, deberían establecerse las vías de coordinación y colaboración entre el enjuiciamiento ordinario y la jurisdicción constitucional, que es la que debe tener la última palabra sobre el ejercicio por el Gobierno de sus facultades constitucionales de legislador delegado» (87).

## 6. BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- ALEGRE AVILA, J. M.: «Decretos Legislativos y control judicial: *ultra vires* y Derecho Comunitario», *La Ley*, 1995, 3802: 1-4.
- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: «Delimitación objetiva y subjetiva de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *La Ley*, 1998, 4621: 1-8.
- ALVAREZ-LINARES Y URÍA, C.: «Notas en torno al anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista General de Derecho*, 1997, 637-638: 12039-12062.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M.: «El control de la legislación delegada en materia urbanística y el principio de autonomía local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 1994, 263: 543-561.
- BASSOLS COMA, M.: «Delegación legislativa y Derecho Comunitario: el control de los Decretos Legislativos por la Comisión Mixta para las Comunidades Europeas de las Cortes Generales», *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 1992, I: 357-398.
- BASTIDA FREJEDO, F. J., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Cuestionario comentado de Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1991.
- BIGLINO CAMPOS, P.: *La publicación de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Nulidad parcial del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral», *Actualidad Laboral*, Supl. 41, 1997, 3343-3355.

---

(87) RODRÍGUEZ-PIÑERO (1998c, 10).

- CAAMAÑO, F.: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- CANO CAMPOS, T.: «El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos: la adecuación a las bases de la Ley sobre Tráfico y Seguridad Vial», *La Ley*, 1995, 3748: 1-4.
- CARRILLO, M.: «Comentario al libro de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez: Los controles de la legislación delegada», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, 21: 333-340.
- CASAS BAAMONDE, M. E., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La Ley reformadora 11/1994, Ley Orgánica y delegación legislativa», en F. VALDÉS DAL-RÉ y M. E. CASAS BAAMONDE (coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, La Ley 1-12.
- «Legislación delegada y ordenamiento laboral: el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales*, 1995a, 8: 1-13.
  - «Delegación legislativa y calidad de las leyes laborales», *Relaciones Laborales*, 1995b, 9: 1-14.
  - «El Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral», *Relaciones Laborales*, 1995c, 10: 1-12.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo. I*, Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La derogación de las Leyes*, Civitas, Madrid, 1990.
- «Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola», *Quaderni Costituzionali*, 1996, 1: 47-67.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, I.: «El control jurisdiccional de los Decretos Legislativos», *Poder Judicial*, 1991, 24: 21-36.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M. A.: *El recurso de inconstitucionalidad*, Trivium, Madrid, 1992.
- GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I (Parte General)*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «La impugnación de disposiciones normativas y el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, 342: 1-4.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: «Sobre el control judicial de los Textos Articulados: la STC 205/1993», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1994, 82: 319-331.
- *Los controles de la legislación delegada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- JIMÉNEZ BLANCO, A. (coord.): *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos», *Revista de Derecho Político*, 1981, 10: 77-105.
- «Decreto legislativo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, 1936-1940.
- LAVILLA, J. J.: «Consideraciones en torno al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Anteproyecto de Ley reguladora del procedimiento contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, 1987, 113: 303-334.
- MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 1986.

- MARTÍN REBOLLO, L.: «Impugnación de la vigente Ley de Régimen Local por pretendido exceso en la delegación legislativa», *La Ley*, 1991, 2: 485-489.
- OTTO PARDO, I. DE: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- PALADÍN, L.: «Artículo 76», en G. BRANCA (dir.): *Comentario della Costituzione. Art. 76-82. La formazione delle leggi*. Tomo II, Nicola Zanichelli, Bologna, 1979, 1-41.
- PAREJO ALFONSO, L. (COORD.): *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, Ariel, Barcelona, 1996.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El ejercicio en tiempo de la delegación legislativa y la aprobación del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990», *Relaciones Laborales*, 1998a, 7: 1-10.
- «La anulación judicial de la corrección de errores en la publicación del Texto Articulado de la Ley de procedimiento Laboral de 1990», *Relaciones Laborales*, 1998b, 8: 1-8.
- «*Ultra vires* y control judicial de los decretos legislativos», *Relaciones Laborales*, 1998c, 9: 1-10.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J.: *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- SALTO VILLÉN, F.: «El Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Observaciones sobre ciertas innovaciones introducidas por el Gobierno en el uso de la delegación legislativa concedida por la Disposición Final Segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio», *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación del Consejo General del Poder Judicial. Mixto*, 1996, III: 119-140.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., y PAREJO ALFONSO, L. (DIRS.): *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Tribunal Constitucional y control de legalidad de los Decretos Legislativos», *Revista de Administración Pública*, 1993, 132: 209-222.
- VIRGALA FORURIA, E.: *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991a.
- «Sobre el cómputo del plazo en el ejercicio de la delegación legislativa», *Actualidad Administrativa*, 1991b, 36: 449-455 [publicado también en *Actualidad y Derecho* 42: 695-702.].
- «La jurisprudencia y los Decretos legislativos: una permanente ceremonia de la confusión», *Estudios de Derecho Público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997a I: 281-298.
- «La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 y el ejercicio de la delegación legislativa», *La Ley*, 1997b, 4440: 1-5.