

DEBATES*

- * En esta sección “Debates” se recogen las ponencias, así como la relación de síntesis, del Seminario organizado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Revista de Administración Pública, que se celebró el 3 de octubre de 2019 en Madrid.

LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS. EN PARTICULAR, EL EFECTO INVALIDANTE DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
Magistrado. Tribunal Supremo
Sala de lo Contencioso-Administrativo

Cómo citar/Citation

Tolosa Tribiño, C. (2019).

La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento.

Revista de Administración Pública, 210, 21-42.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.01>

Resumen

La declaración de nulidad de los reglamentos por defectos de forma es objeto de una controversia con diferentes derivaciones que deben ser objeto de un estudio especial.

La tesis tradicional respalda la declaración de nulidad por la infracción de cualquier formalidad en el procedimiento, al tiempo que se van abriendo paso posturas que defienden la necesidad de flexibilizar dicha posición, teniendo en cuenta la gravedad del vicio concurrente.

En el presente estudio se analizan ambas posiciones y se pone de relieve el valor de los elementos formales y su trascendencia en orden a determinar el contenido material de las disposiciones generales.

Palabras clave

Nullidad; reglamentos; vicios de los reglamentos; control judicial; nulidad de pleno derecho.

Abstract

The declaration of nullity of the regulations for defects of form, is subject to a dispute with different derivations that must be the subject of a special study.

The traditional thesis supports the declaration of nullity for the infraction of any formality in the procedure, while opening positions that defend the need to make this position more flexible, taking into account the seriousness of the concurrent vice.

In the present study, both positions are analyzed and the value of the formal elements and their importance in order to determine the material content of the general provisions is highlighted.

Keywords

Nullity; Administrative regulations; Vices of the administrative regulations; Judicial control; Null and void.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA IMPORTANCIA DE LA OBSERVANCIA DEL PROCEDIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. III. LA NULIDAD RADICAL DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. IV. LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LOS INSTRUMENTOS DE CONVALIDACIÓN O CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS. V. LOS VICIOS FORMALES Y SU CONEXIÓN CON LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES. VI. PRINCIPALES VICIOS PROCEDIMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES: 1. Nulidad por falta de informes preceptivos. 2. Nulidad por ausencias en los trámites participativos. 3. La memoria de impacto normativo: 3.1. *Memoria económica*. 3.2. *Informe de impacto de género*. VII. CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 25 LJCA señala que: «1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general...», *esto es, dentro de la actividad administrativa impugnabile aparecen las disposiciones generales de rango inferior a la ley*.

Nuestro derecho sanciona con nulidad de pleno derecho los reglamentos que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 47.2 LPAC); asimismo dispone que la sentencia que declare ilegal un reglamento tiene eficacia *erga omnes* (art. 72.2 de la LJCA).

Como puede observarse, la regulación de los supuestos de nulidad de pleno derecho de los reglamentos es sumamente amplia y genérica, de forma tal que, bajo esta fórmula, pueden tener cabida numerosos supuestos concretos de nulidad.

Desde la perspectiva que nos interesa, la norma no realiza ninguna delimitación o diferenciación en función del tipo de vicio imputable a la disposición, esto es, no se distingue entre los vicios formales y los vicios materiales o sustantivos.

No obstante, tal y como señala la Sentencia de 15 de marzo de 2019, el control judicial abarca ambos aspectos. Según dicha sentencia:

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 y el art. 1 de la Ley 29/98. Esta labor se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse.

Lo cierto es que, desde una perspectiva práctica, puede afirmarse que, en la mayoría de los supuestos en los que se produce la impugnación jurisdiccional de una disposición general, la parte incorpora con carácter preferente motivos de naturaleza formal, lo que el Tribunal Contencioso Administrativo Federal llamó la «caza del vicio», antes de adentrarse en la impugnación del contenido material de la norma, no resultando infrecuente encontrarnos con recursos que solo se sustentan en la denuncia de vicios formales y sentencias que, una vez estimado el vicio procedimental, eluden dar respuesta a la impugnación del concreto contenido de la disposición impugnada.

Las razones de este proceder son variadas (utilizar todos los argumentos impugnatorios posibles, etc.), pero lo cierto es que existe una razón más profunda y es la mayor facilidad de conseguir una sentencia favorable cuando la Administración ha incurrido en algún vicio procedimental que, cuando se trata de impugnar el contenido material, dado que, en estos casos, el juego de la voluntad y discrecionalidad administrativa es más «respetada» por los tribunales.

Así, en la sentencia dictada en relación con la impugnación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, se señala que:

Para la resolución de los demás motivos de impugnación conviene tener en cuenta que se está cuestionando el ejercicio de la potestad reglamentaria plasmado en el Real Decreto 638/2016 impugnado, a cuyo efecto el control jurisdiccional alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración legalmente establecido, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92, y el art. 131 de la actual Ley 39/2015, y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación.

Ya anteriormente, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008 (rec. 61/2007), se había señalado que:

[...] las apreciaciones subjetivas del recurrente sobre la oportunidad del criterio establecido por el titular de la potestad reglamentaria, cualquiera que sea la valoración que merezca, no constituye una razón o motivo de nulidad de la disposición, pues, como ya señalamos al examinar la jurisprudencia sobre el alcance del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria, se trata de valoraciones que pertenecen al ámbito de la discrecionalidad y consiguiente decisión del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita, sin que la impugnación de una disposición general pueda fundarse en los criterios de oportunidad o conveniencia subjetivos de quien la impugna, como señala la sentencia de 5 de diciembre de 2007, consideraciones de oportunidad que, como indica la sentencia de 13 de junio de 2007, no suponen en modo alguno que la regulación sea contraria a derecho.

Esta jurisprudencia se ve reforzada por el contenido del art. 71.2 de la LJCA, precepto limitador de los poderes del juez, y según el cual, aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general, no se permite al juez determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

La doctrina se ha hecho eco de esta dificultad de control de los aspectos materiales de los Reglamentos. Tal y como señala el profesor Gabriel Domenech Pascual¹: «Sobre el recurrente pesa además la carga de alegar los motivos, las infracciones del ordenamiento jurídico, que hacen inválidos el acto o norma recurridos», se basa para tal afirmación en la STC 237/2007 de 8 de noviembre cuando afirma que: «Cuando lo que se encuentra en juego es la depuración del Ordenamiento jurídico resulta carga de los recurrentes, no sólo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan, por lo cual, si no se atiende esta exigencia, se falta a la diligencia procesalmente requerida.»

II. LA IMPORTANCIA DE LA OBSERVANCIA DEL PROCEDIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

El art. 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 12 de diciembre de 2007 recoge el denominado principio de «buena administración», concepto que pone de relieve, entre otros aspectos, cómo la mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido, entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible,

¹ G. Doménech Pascual (2010), «El principio de presunción de validez», en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid: La Ley; (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma.

El Tribunal Supremo ha acogido y aplicado el principio general de la buena administración, vinculando la mejora de la calidad regulatoria y la buena administración. En este sentido, y respecto al procedimiento, concretamente sobre la Memoria económica, la Sentencia de 15 de julio de 2010 señala que:

Sin duda la memoria económica es un documento de relevancia singular en el procedimiento de elaboración reglamentaria. Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige una especial cura a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa comporta.

Este objetivo de mejora regulatoria se recoge en la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», en la que recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor. Más recientemente, en la misma línea, se ha suscrito el Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la Mejora de la Legislación de 13 de abril de 2016.

Consecuentemente, la mejora regulatoria no se detiene exclusivamente en la redacción de los contenidos sustantivos o materiales de la disposición reglamentaria, sino que alcanza, igualmente, al exquisito respeto de los trámites formales de su elaboración.

Es cierto que, como pone de relieve Pascual Sala Atienza:

[...] durante cierto tiempo tuvo acogida jurisprudencial la tesis de la intrascendencia anulatoria por la inobservancia de determinados trámites formales puesto que, teniendo éstos como finalidad esencial garantizar la legalidad de la norma que en el futuro se elaborara, su adecuación o no a la ley quedaba garantizada mediante el control a posteriori efectuado por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de tal modo que, si con ocasión de su impugnación jurisdiccional, se verificaba la adecuación a la Ley del contenido de la norma reglamentaria, carecía de sentido declarar su nulidad puesto que la incorporación del trámite omitido o la reiteración del cumplido insuficientemente, en ningún caso podía alterar tal contenido al ser éste plenamente ajustado a Derecho².

² P. Sala Atienza (2008), «El trámite de audiencia en la elaboración de los Reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 247-263.

Sin embargo, hoy puede afirmarse que un adecuado control judicial de la potestad reglamentaria no puede detenerse en el contenido de la norma, obviando las circunstancias de su proceso de elaboración, dado que tal proceder limitaría considerablemente el referido control.

En definitiva, para la jurisprudencia y como señala la Sentencia de 13 de noviembre de 2000, la elaboración de las disposiciones generales:

[...] constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 y regulado con carácter general en el artículo 24 CE (*sic*), y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter *ad solemnitatem*, de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.

En tal sentido, cuando se alude a la trascendencia de la inobservancia denunciada, se está haciendo referencia a una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización, sino por la finalidad a que responden.

Podemos, pues, concluir que la observancia de los requisitos formales en el procedimiento de elaboración de una disposición general tiene una relevancia fundamental, en cuanto constituye una garantía para la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición y hace posible el control judicial.

Este mismo criterio, que sostiene la relevancia de los trámites procedimentales en la elaboración de una disposición de carácter general, ha sido puesto de relieve por la doctrina:

Según la doctrina mayoritaria y una jurisprudencia cada vez más extendida, el procedimiento de elaboración de los reglamentos debe ser objeto de un control especialmente riguroso, tanto en sede previa (intervención del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos) como en sede de ulterior fiscalización jurisdiccional. Así se destaca cómo el amplio contenido discrecional de la potestad reglamentaria debe ser resultado en todo caso del cumplimiento estricto de un procedimiento de toma de la decisión que haya incorporado todos los elementos necesarios para la valoración del acierto, oportunidad y legalidad de la norma, a la vista de la incidencia de la misma en todos los distintos intereses públicos y privados afectados y de la suficiente ponderación de todo ello (Font i Llovet *et al.*)³.

³ T. Font i Llovet, J. Tornos Mas y O. Mir Puigpelat (2018), «Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, 206.

III. LA NULIDAD RADICAL DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Siendo tal la relevancia de los requisitos formales en la elaboración de las disposiciones generales, la ley y la jurisprudencia han reservado para tal tipo de infracciones el máximo grado de invalidez previsto por nuestro ordenamiento jurídico, la declaración de nulidad de pleno derecho, sin discriminar, a diferencia de lo que ocurre con los actos entre la trascendencia e intensidad de los vicios formales, dado que la doctrina judicial sigue la doctrina unitaria, según la cual cualquier infracción formal determina tal nulidad radical, con efectos *ex tunc*.

En este sentido, la STS de 23 de septiembre de 2003 señala que «la nulidad de las disposiciones de carácter general es siempre radical o de pleno derecho», aclarando la Sentencia de 2 de marzo de 2016 que «se trata de una nulidad de pleno derecho, independientemente de si son vicios de forma o de fondo los que han determinado la anulación».

El problema de tal calificación ha abierto un debate entre esta tradicional postura y la tesis gradualista o proporcional, según la cual habrá de estarse a la entidad del vicio formal, a la hora de establecer los efectos de la declaración de nulidad, acercándolos más a las propias de la anulabilidad de los actos.

Ha de reconocerse que la tesis gradualista, como pone de relieve López Ramón⁴, tiene sus antecedentes en la propia jurisprudencia, y así en la STS de 17 de junio de 1974, se destaca la violación del principio de proporcionalidad que conllevaría «la tesis de la sanción extrema de la nulidad absoluta en todo caso de vicio de procedimiento», pues ello supondría «un tratamiento igualitario de toda infracción», tratamiento que rompería con «la proporcionalidad entre la vulneración y la sanción legal» al introducir en el sistema de defensa del orden jurídico «una equiparación en situaciones que se presentan como muy distintas y reclaman una valoración diferente». En consecuencia, los vicios del procedimiento comprenden una escala que va «desde la leve infracción constitutiva de mera irregularidad hasta los extremos de omisión sustancial del procedimiento, con situaciones intermedias variadas», constatación que, en definitiva, justifica un distinto tratamiento de los vicios de forma y procedimiento atendiendo a las técnicas de la irregularidad, la anulabilidad y la nulidad absoluta que se establecen en los arts. 47.1.c) y 48.2 LPA.

La tesis judicial de la nulidad radical o de pleno derecho por vicios formales cuenta, por lo demás, con defensores en la doctrina científica que consideran que si la ilegalidad de un reglamento determinase una mera anulabilidad, de forma que solo pudiese ser hecha valer a través de la impugnación dentro de un plazo breve por la persona o personas inmediatamente afectadas por el mismo, quedaría al arbitrio de estas todo el sistema de producción normativa y se habría introduci-

⁴ F. López Ramón (2018), «La calificación de los vicios de los Reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205.

do una nueva causa de derogación de las leyes formales, la derogación por un simple reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formularla.

En este sentido, señalaba García de Enterría⁵ que «la eliminación general del reglamento es una posibilidad que hay que estimular y no limitar, puesto que produce un efecto purgativo a la constitución del ordenamiento, haciendo eficaz el imperio de las leyes y despejando su conjunto de imperfecciones e interferencias aplicativas».

Frente a esta tesis se han mantenido criterios más flexibles, según los cuales el problema no es sino el reflejo de uno mayor, como es la aplicación estricta de la dualidad nulidad-anulabilidad en el derecho actual, categorías jurídicas que se considera digna de reconsideración, planteando, en todo caso, en este sentido Cano Campos⁶ la aplicación de un sistema más dúctil y flexible que examine la invalidez en función de la concreta irregularidad cometida, superando la rigidez de la nulidad y la anulabilidad.

Por su parte, López Ramón⁷ ha defendido que: «La relevancia del vicio procedimental, su incidencia en las situaciones jurídicas subyacentes y el tiempo transcurrido desde la aprobación de la disposición general hasta la efectiva anulación, constituyen criterios determinantes a analizar ante los vicios formales de un reglamento».

Se afirma que los tribunales y la Administración deberían sopesar cuidadosamente los efectos de la declaración de nulidad de los reglamentos, que puede tener graves efectos, apostando porque la declaración de la nulidad vaya acompañada de una valoración de los efectos sobre los actos de aplicación, por lo que el juez deberá tener en cuenta, junto al principio de legalidad, la existencia de otros principios (especialmente, los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y conservación) que le permitirán ponderar las consecuencias que, en su caso, produciría la declaración de nulidad del reglamento.

En definitiva, el problema de los efectos de la declaración de nulidad de una disposición de carácter general se conecta con el principio de seguridad jurídica y con la validez y eficacia de los actos de aplicación de la disposición posteriormente anulada.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LOS INSTRUMENTOS DE CONVALIDACIÓN O CONSERVACIÓN DE LOS ACTOS

La aplicación de la doctrina gradualista choca en principio con la previsión de que puedan resultar de aplicación los instrumentos que la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, reserva

⁵ E. García de Enterría (1970), *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid: Tecnos.

⁶ T. Cano Campos (2005), «La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias», *Revista General de Derecho Administrativo*, 8.

⁷ *Op. cit.*

para los actos administrativos, como puede ser la conservación de actos y trámites (art. 51) o la convalidación (art. 52).

Podría pensarse que determinados vicios procedimentales, por su trascendencia, podrían ser objeto de subsanación, permitiendo, mientras tanto, que la disposición siguiera desplegando sus efectos o que los mismos quedaran suspendidos durante un plazo prudencial fijado a criterio de los tribunales y atendiendo a la entidad del vicio concurrente.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha sido contraria a tal solución, resultando sumamente contundente la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2016 (casación 2127/2015) cuando razona que: «Nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena o radical que se prevé en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen *ex tunc*, desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados...», añadiendo que «la misma naturaleza normativa hace inviable la aplicación de los principios de conservación y convalidación», no pudiendo ser objeto de aplicación analógica, debido a las diferencias sustanciales entre el acto y la norma.

No obstante, ha de reconocerse que tan rotunda afirmación ha sido obviada o al menos matizada en determinados supuestos. Así, es de destacar la STC 213/2015, que analiza la constitucionalidad de la ley que convalida las actuaciones adoptadas al amparo del Real Decreto 1419/2005, anulado por la STS de 24 de noviembre de 2009 por vicios relativos al procedimiento de elaboración. El TC tiene en cuenta las circunstancias del caso, en cuanto la norma anulada había dado lugar a una serie de obras públicas, expropiaciones y actuaciones de ordenación de los recursos hídricos realizadas durante casi cuatro años que podían quedar en una cierta incertidumbre; además, el propio Real Decreto anulado traía causa de una situación excepcional: la situación de extrema escasez de agua en que se encontraba en el otoño de 2005 el ámbito territorial definido en los planes hidrológicos de las confederaciones hidrográficas del Guadiana, Guadalquivir y Ebro.

También el Tribunal Supremo parece querer replantearse o reafirmar su postura, si bien en este caso, en lo que afecta a los planes urbanísticos, y así en el Auto de 17 de enero de 2019 (recurso 3313/2017) considera que presenta interés casacional:

[...] determinar si, en la elaboración de un plan urbanístico (jurisprudencialmente considerado disposición general), dictado en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional que declaró su nulidad, cabe conservar actos y trámites de similar contenido de la disposición anulada, así como subsanar los vicios detectados o, por el contrario, dada la radicalidad de la declaración de nulidad y sus efectos «*ex tunc*», deviene necesaria una nueva tramitación íntegra.

En definitiva, se va abriendo paso una nueva postura partidaria de la posibilidad de subsanación, al menos en determinados supuestos de los vicios de forma.

Como pone de relieve Agoués Mendizábal⁸:

Frente a la doctrina clásica de que los reglamentos nulos no pueden ser sanados del vicio de que adolecen por el transcurso del tiempo, ni por el consentimiento de los destinatarios, ni por confirmación del órgano competente, se ha planteado si toda infracción del Ordenamiento jurídico en que incurra un reglamento debe ser sancionada con la nulidad de pleno derecho o, si por el contrario, determinadas infracciones —como son los vicios de forma o procedimiento— pueden ser calificadas como determinantes de mera anulabilidad.

Según su opinión, podríamos distinguir dos situaciones:

- a) El grado de invalidez del Reglamento debería depender del vicio concurrente, de modo que los vicios de procedimiento, salvo que se trate de vicios de incompetencia o de falta total de procedimiento, deberían poder ser subsanados.
- b) En cualquier caso, los vicios de procedimiento serán determinantes de nulidad siempre que el vicio de procedimiento suponga una disminución real y trascendente de garantías e incida o pueda incidir en la regulación de fondo.

Una tesis más radical es la que considera que todos los vicios de procedimiento deben dar lugar solo a la anulabilidad. En este sentido, Doménech Pascual ha defendido la restricción de la aplicación de la sanción de nulidad absoluta a los casos en que el Reglamento ilegal lo sea por motivos materiales, con base en argumentos tales como el carácter meramente instrumental del procedimiento reglamentario o la afirmación de que la vulneración de la misma no produce una antinomia entre la norma legal y la reglamentaria; esto es, que mientras la violación desde una perspectiva material de la ley comporta un desconocimiento de la misma en todos aquellos casos en que sea aplicado el Reglamento, el incumplimiento de las normas en materia de procedimiento no implica *per se* que la aplicación posterior de la disposición general traiga consigo una negación de la disciplina legal.

De acuerdo con el argumento expuesto, no resulta procedente repetir la integridad de los trámites en la elaboración del Reglamento declarado nulo por razones de forma, salvo cuando el trámite omitido o irregularmente realizado tenga como efecto la alteración del contenido del reglamento o impida su aprobación.

⁸ C. Agoués Mendizábal (2017), «La modulación de los efectos de la nulidad de los Reglamentos». Ponencia para el XII Congreso de la Asociación española de profesores de derecho administrativo. La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017.

Frente a este tipo de posiciones, también resulta posible encontrar otro tipo de soluciones intermedias que, sin negar la trascendencia de los vicios de forma en los procedimientos de elaboración de las disposiciones generales, permitan que los tribunales puedan excepcionalmente moderar los efectos de la declaración de nulidad de los reglamentos por la concurrencia de vicios formales, en determinados supuestos, esencialmente cuando estén en juego intereses públicos dignos de protección.

En este sentido, el TJUE ha hecho uso de las denominadas sentencias prospectivas, en cuanto si bien, con carácter general, el Tribunal de Justicia ha determinado que la interpretación de una norma comunitaria y su declaración de invalidez, pronunciadas en vía prejudicial, despliegan en principio efectos *ex tunc*, a contar desde el momento de su entrada en vigor (así, TJ, Sentencia de 27 de marzo de 1980, Salumi-61/79, EU:C:1980:100), ello no es óbice para que, a título de excepción, atendiendo a consideraciones de seguridad jurídica, puedan tener efectos prospectivos.

En nuestro país también encontramos manifestaciones en el sentido de modular los efectos de la declaración de nulidad de algunas disposiciones generales. La Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2015, de 5 de febrero de 2015, resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra determinadas disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

El Tribunal Constitucional declara la «inconstitucionalidad y nulidad» de la disposición adicional decimoquinta, la disposición transitoria segunda, la disposición derogatoria única, apartado tercero, y las disposiciones finales segunda y tercera de la citada ley, al no haberse solicitado determinados informes previos, que resultaban obligados conforme a lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Según el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

En suma, habiéndose omitido el preceptivo trámite de audiencia a la Comunidad Autónoma de Aragón, procede declarar que la disposición adicional decimoquinta, la disposición transitoria segunda, la disposición derogatoria única, apartado tercero, y las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, son contrarias al art. 72.3 EAAr y, por tanto, inconstitucionales y nulas, en los términos que ahora se expondrán.

La nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, debe ser matizada en este caso concreto ya que todas estas disposiciones se refieren al régimen de transferencias hídricas a través del acueducto Tajo-Segura, cuya trascendencia está fuera de toda duda de suerte que la anulación de las normas antes mencionadas es susceptible de generar graves perjuicios a los intereses generales. Por tanto, para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Aragón, y, por otro, los propios intereses de las restantes Comunidades Autónomas afectadas por el trasvase y del resto de los destinatarios de la norma que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año,

a partir de la publicación de esta Sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá proceder a sustituir las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento del informe previo emitido por la Comunidad Autónoma de Aragón (en el mismo sentido, STC 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 7, y 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3, en ambos casos por referencia a la participación del Parlamento de Canarias).

El antecedente de esta doctrina hay que buscarlo en la STC 194/2004, de 10 de noviembre, y, anteriormente, la Sentencia 195/1998, en la que el TC afirma que «en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta sentencia le reconocemos la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas»; por ello, continúa el TC afirmando que la declaración de inconstitucionalidad de la ley no debe llevar aparejada su inmediata nulidad, que queda diferida al momento en que la Comunidad Autónoma de Cantabria proceda a declarar a las Marismas de Santoña como espacio natural protegido bajo alguna de las figuras legalmente previstas.

V. LOS VICIOS FORMALES Y SU CONEXIÓN CON LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

El art. 25 LJCA señala que: «1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general [...]», esto es, dentro de la actividad administrativa impugnabile aparecen las disposiciones generales de rango inferior a la ley.

Por su parte, el art. 26 establece el doble sistema previsto para su impugnación, al señalar que: «Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho».

Mientras en el primer supuesto, recurso directo, la parte puede hacer valer cualquier vicio formal frente a la disposición general, la cuestión se convierte en más polémica en los supuestos de utilización del recurso indirecto.

La jurisprudencia ha hecho una interpretación restrictiva del recurso indirecto al entender que por la vía indirecta podrán impugnarse únicamente los aspectos materiales de la disposición general, pero no los formales o de procedimiento. El TS justifica dicha interpretación por entender que solo el contenido sustantivo de las normas puede producir efectos anulatorios del acto de aplicación individual.

Según la jurisprudencia, dicha limitación se basa en dos razones fundamentales:

- A) «[...]si en el recurso indirecto se pudiera plantear con la misma amplitud idénticos motivos de invalidez sustantiva y formal que el directo, carecería

- de sentido la distinción legal entre uno y otro y la exigencia de una especial legitimación para interponer este último, no requerida para aquél» y
- B) «[...]por la aplicación del principio de seguridad jurídica y el de conservación del ordenamiento vigente».

No obstante, la jurisprudencia ha llegado a aceptar la posibilidad de impugnar indirectamente disposiciones generales por defectos formales, cuando se hubiere incurrido en una omisión total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, o cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente.

El profesor González Pérez⁹ se opone a esta limitación, basándose en que no existe ninguna norma en la que expresamente se excluya del recurso indirecto el control judicial de las irregularidades formales de los reglamentos, por lo que tal limitación genera en la práctica su impunidad, que no puede justificarse en razones prácticas de la dificultad del órgano juzgador para fiscalizar el procedimiento de aprobación del reglamento indirectamente impugnado (al no disponer, por ejemplo, del expediente administrativo en el que se tramitó), por cuanto la ley procesal le otorga medidas instructoras idóneas para recabar todos los antecedentes necesarios.

Concluye así que la referida línea jurisprudencial «constituye, ciertamente, un atentado al derecho de acceso a la justicia. Porque supone un obstáculo insalvable para que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa puedan verificar si el órgano titular de la potestad reglamentaria la ejercitó de acuerdo con las normas procedimentales de ineludible cumplimiento».

Por el contrario, Sala Sánchez, Xiol Ríos y Fernández Montalvo¹⁰ consideran que atendiendo al tenor literal de lo dispuesto en el art. 123.1 de la LJCA, en el que se ciñe la cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales «exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda», los vicios que afectan a la totalidad de la norma, como sucede con los producidos en el procedimiento de su elaboración, no serán fiscalizables, en apoyo de dicha tesis conviene tener en cuenta que el art. 27.1 LJCA establece que: «Cuando un Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo hubiera dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada...», mención que parece limitar la ilegalidad al contenido material de la disposición y no a sus aspectos formales.

En segundo lugar, atendiendo a la circunstancia de que:

⁹ J. González Pérez, «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales». *Revista Española de Derecho Administrativo* 9, págs. 345 y ss.)

¹⁰ P. Sala Sánchez, J. A. Xiol Ríos y R. Fernández Montalvo (1999), *Práctica procesal contencioso-administrativa*, Ed. Bosch, Tomo II, pág. 696.)

Si la intención del legislador hubiera sido que en el recurso indirecto pudieran fiscalizarse *vicios formales* del Reglamento, lo lógico es que se hubiera dispuesto la obligatoriedad de que el expediente de elaboración se remitiera al Tribunal que conoce de la cuestión de ilegalidad, pero eso no es lo que ha sucedido, sino que el art. 125.3 LJCA ha establecido tal remisión no como una obligación, sino como una posibilidad, para mejor proveer y antes de dictar sentencia (creemos que únicamente con la finalidad de ilustrarse sobre los concretos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad ha servido de base para la estimación de la demanda)».

Pese a esta controversia, la posición del Tribunal Supremo sigue siendo clara. Así, en Sentencia de 11 de octubre de 2005, se afirma que:

[...] el recurso indirecto, no se podía transformar en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impugnación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria. Por lo contrario, la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos [...].

Al margen de lo dicho, junto al recurso directo e indirecto, existe un tercer medio de control de las disposiciones generales, si bien, en este caso, se trata de supuestos en los que, tras la declaración de nulidad, por defectos de forma o de fondo, de un determinado reglamento, la Administración decide volver a ejercer su potestad, no resultando infrecuente que quien impugnó originariamente la disposición vuelva a mostrar sus discrepancias con la nueva regulación, llegando incluso a considerar que la misma ha tenido como exclusiva finalidad la de impedir o frustrar el sentido y la ejecución del primer fallo anulatorio, supuesto en el que entra en juego el art. 103.4 de la LJCA.

En estos supuestos, el Tribunal Supremo ofrece una variada gama de acciones y procedimientos a la hora de posibilitar el control de los reglamentos.

Así, en la Sentencia de 15 de marzo de 2013, se afirma que existe una doble vía de impugnación de actos y disposiciones dictadas en ejecución de una sentencia, de un lado, del cauce procesal que permite, al amparo del art. 109 de la LJCA, abrir un incidente en la ejecución de la sentencia. Y de otro, se encuentra el cauce procesal general que faculta para interponer un recurso contencioso administrativo independiente, al amparo del art. 45 de la misma ley jurisdiccional.

En el primer caso, el control judicial se limita a aquellas incidencias que regulan la desviación de poder al momento de la ejecución, esto es, se trata de salvaguardar la inmutabilidad de la sentencia, la exactitud en su cumplimiento, garantizando la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo.

Por el contrario, en el caso de impugnación en proceso autónomo, se puede alegar cualquier infracción normativa que ponga de manifiesto que dicho acto o disposición vulneran el ordenamiento jurídico.

En definitiva, es conveniente destacar que la elección del cauce impugnatorio no resulta indiferente, dado que, dependiendo de la opción ejercitada, será posible la utilización de unos u otros argumentos, esto es, si se acude a la vía del art. 103.4 por ejecución fraudulenta, el ámbito de conocimiento del órgano judicial no podría alcanzar a los vicios formales de la nueva norma, sino solo a si la misma se ajusta o no al contenido del fallo de la sentencia que se trata de ejecutar.

VI. PRINCIPALES VICIOS PROCEDIMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA ELABORACIÓN DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Sin perjuicio de otros supuestos, considero que las decisiones judiciales de declaración de nulidad de las disposiciones generales por vicios del procedimiento vienen referidas a este triple contenido.

1. NULIDAD POR FALTA DE INFORMES PRECEPTIVOS

Señala la Sentencia de 5 de mayo de 2015 que «los informes preceptivos constituyen una garantía del interés general y de la bondad de las resoluciones, según la normativa del procedimiento administrativo».

A esa función de garantía hace también mención la Sentencia de 23 de enero de 2013, al exponer que:

Constituyen estos informes una garantía procedimental establecida para la elaboración de las disposiciones generales que se justifica en la finalidad de contribuir al acierto y legalidad del texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación puede ser analizada y enriqueciendo dicha disposición mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas, por estar afectados los intereses por ellos representados.

Por su parte, la Sentencia de 18 de enero de 2013 ha negado que la falta de carácter vinculante de un informe dote a su ausencia de relevancia, porque «siendo como son preceptivos, de este dato deriva que su petición es obligatoria por principio», además de que dicho carácter «no es fruto de un exacerbamiento de las formalidades burocráticas, sino garantía del buen hacer de la Administración y en definitiva del buen gobierno».

Un reciente ejemplo de los efectos de informes preceptivos, en este caso establecidos por una comunidad autónoma, lo encontramos en la Sentencia de 11 de abril de 2019, que, basándose en la omisión del informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, declara la nulidad del decreto por el que se aprobaban los Planes Hidrológicos de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

2. NULIDAD POR AUSENCIAS EN LOS TRÁMITES PARTICIPATIVOS

Una segunda causa frecuente de nulidad por vicios formales se refiere a la ausencia o defectuoso cumplimiento de los trámites de participación ciudadana.

Según reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011, la intervención de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales resulta esencial para lograr una buena norma y ello, en primer lugar, porque los ciudadanos son quienes conocen de primera mano los problemas o cuestiones que van a ser objeto de regulación, por lo que los trámites de participación, al margen de su regulación en el art. 105.a) de la Constitución, permiten mejorar la calidad normativa.

La regulación de tal participación se contiene en el art. 133 de la Ley 39/2015, que incorpora como principal novedad la denominada consulta previa, trámite con el que se persigue recabar la opinión de los sujetos potencialmente afectados por el futuro reglamento y de las organizaciones más representativas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Estamos, por tanto, ante un trámite en el que sus destinatarios son los sujetos y organizaciones representativos «potencialmente afectados» por la futura norma, que se produce antes de la elaboración del proyecto normativo y que tiene por objeto recabar la opinión sobre los concretos aspectos reseñados en el citado art. 133.1

Por su parte, la audiencia y la información pública son trámites tradicionales en nuestro derecho, y si bien el art. 133 de la Ley 39/2015 mantiene el carácter preceptivo de ambos trámites, se amplían las excepciones que justifican su omisión en los supuestos de normas presupuestarias u organizativas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

Respecto de la importancia de estos trámites afirma la Sentencia de 13 de octubre de 2011, que resolvió el recurso contra el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte, que:

La doctrina, por su parte, ha mantenido que la levedad con la que se trata el procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un incentivo para la

emisión masiva de normas, propicia la aprobación precipitada de éstas, impide la depuración de numerosos defectos en los que un texto no debidamente madurado incurre, no garantiza la adecuada valoración y ponderación de los distintos intereses públicos afectados por la norma, e invita a la unilateral y exclusiva visión política o burocrática de los problemas, por el escaso nivel de participación que se confiere a los potenciales destinatarios privados de la norma que se trata de acometer.

3. LA MEMORIA DE IMPACTO NORMATIVO

Por último, debe hacerse referencia al cumplimiento de la denominada Memoria de Impacto Normativo.

El Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, se dicta tras las modificaciones introducidas por las Leyes 39 y 40/2015; como afirma su preámbulo: Uno de los objetivos de las leyes indicadas es asegurar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizando de modo adecuado la participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas, reforzando la seguridad jurídica y la evaluación periódica del ordenamiento jurídico».

Dentro de su contenido y por su aplicación más controvertida, debemos destacar los siguientes aspectos:

3.1. Memoria económica

El Pleno de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2006, rec. 51/2005, ya constató la importancia de la memoria económica en cuanto la misma «proporciona al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estos con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar».

Resulta de especial interés la reciente STS de 12 de diciembre de 2016, en la que el Tribunal señala que la finalidad de la memoria del análisis de impacto normativo contiene la motivación de la necesidad y de la oportunidad de la norma proyectada, una valoración de las distintas alternativas existentes, así como un análisis de las consecuencias económicas y jurídicas que se derivarán de su aplicación, así como su incidencia, en el ámbito presupuestario, de impacto de género y en el orden constitucional de distribución de competencias. Asimismo, significa que los reglamentos serán nulos no solo cuando carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, «sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente, de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad

que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad)».

No obstante, la STS de 14 noviembre de 2016 recoge una consolidada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual la inclusión en la memoria de fórmulas estereotipadas sobre el nulo impacto económico o presupuestario que provocaría su aplicación solo tiene efectos invalidantes cuando la parte recurrente acredite que aquella apreciación era incorrecta, o cuando no exista referencia alguna a los efectos que sobre el gasto pudiera tener la norma aprobada.

3.2. Informe de impacto de género

En el informe de impacto por razón de género, deben analizarse y valorarse los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.

La Sentencia de 29 de febrero de 2012 resolvió la impugnación del Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Prevención.

Según la sentencia, el citado informe señalaba que «dada la inexistencia de relación directa entre la materia objeto de regulación y el género de los trabajadores, la norma proyectada carece de disposiciones diferenciadas para los trabajadores y las trabajadoras, de donde se desprende que no existe impacto de género de la regulación propuesta».

Razona la Sala que, desde un punto de vista formal, es claro que el informe no utiliza expresiones estereotipadas, que pueden ser aplicadas a cualquier tipo de disposición, sino que, aunque de modo sucinto, explica las razones por las que considera que el Real Decreto no producirá impacto de género. Desde un punto de vista material, considera que las razones expuestas pueden ser discutibles, debe ser suficiente si la parte recurrente no aporta dato alguno que, al menos con carácter indiciario, pueda infundir la sospecha de que esa norma aparentemente inocua sí puede producir determinado impacto de género.

El Tribunal Supremo volvió a pronunciarse sobre esta cuestión en Sentencia de 27 de octubre de 2016, recurso 929/2014, donde en su Fundamento de Derecho Tercero, 2º, estudia el efecto de la falta de análisis de impacto de género en el Reglamento General de Costas.

La sentencia, tras la cita del marco normativo estatal de aplicación y la exigencia del informe sobre el impacto por razón de género, constata cómo el referido informe se limita a señalar que «[e]l impacto en función del género del proyecto es nulo [...]», alegando los recurrentes que «con ello se infringe de forma grosera la Guía Metodológica redactada por el Ministerio de Presidencia, al

confundir la conclusión del análisis con el análisis de impacto de género» y que «el RGC no es una norma ajena o neutra desde el punto de vista del principio de igualdad, que, además, tiene una incidencia territorial significativa al proyectar sus efectos sobre un segmento muy elevado de la población española, y que, en fin, pretende contribuir a la reactivación económica de las zonas litorales».

Según la sentencia:

El impacto de género se considera cuando, no existiendo desigualdades de partida en relación a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, no se prevea modificación alguna de esta situación. Y esto es lo acontecido en el supuesto de autos, en el que la recurrente no acierta a determinar cuáles serían las incidencias del nuevo RGC en el régimen de la igualdad entre hombres y mujeres, por cuanto, como hemos expresado, la incidencia del RGC sobre la población o las zonas litorales resultan genéricas y poco cercanas a la afectación de las políticas de género [...] Esto es, la recurrente no ha puesto de manifiesto la existencia de argumento alguno para desmontar el juicio contenido en la MAIN del RGC en el sentido de que la incidencia del mismo en las políticas de género no sea «nulo».

En definitiva, según la tesis de ambas sentencias, habiéndose cumplido, aun de forma más que sintética, con la obligación formal, correspondía a la parte recurrente poner de manifiesto cuáles eran los aspectos con incidencia en la cuestión del género que el Reglamento no respetaba, impugnando de forma concreta, específica y determinada, la declaración administrativa de la inexistencia de tal impacto.

Esta doctrina podría resultar de aplicación para resolver acerca de otros de los informes que deben incluirse en la Memoria. Así, citar la Sentencia de 15 de marzo de 2019, que anula el Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil, por omisión de informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

VII. CONCLUSIÓN

Si partimos de un cierto consenso en que los vicios formales que cuantitativamente se encuentran detrás de la declaración de nulidad de las disposiciones generales en nuestros tribunales son los que acabamos de referir y que se sitúan en el inicio del procedimiento, la pregunta que debemos formularnos es si resultaría posible que algunos de tales vicios, que a mi juicio son de especial relevancia, pudieran ser objeto de subsanación posterior, permitiendo la conservación del resto de los trámites formales y lo que es más importante, sin afectar a la validez y eficacia de los actos dictados a su amparo, aunque los mismos no hubieran adquirido firmeza.

En este sentido, podemos compartir la reflexión que realiza López Ramón¹¹, de que los efectos *ex tunc* de la declaración de la nulidad del reglamento pueden ser drásticos y nefastos tanto para la Administración pública como para los afectados por la norma inválida y que la declaración de nulidad del reglamento inválido no constituye, en ocasiones, la solución más apropiada en la medida en que supone una perturbación del ordenamiento jurídico, mediante la cual, si bien se depura el ordenamiento jurídico, no se restablece el orden jurídico perturbado.

El problema es que, si admitimos que trámites como la participación ciudadana, la emisión de informes preceptivos y, en ocasiones, vinculantes, o la falta de soporte en la memoria de la necesidad y conveniencia de la norma, se produzcan después de su aprobación y consiguiente aplicación temporal mediante actos concretos, la incertidumbre e inseguridad que tratan de remediarse con las tesis que abogan por una flexibilización del régimen de la nulidad tampoco encontrarían solución, dado que tras la cumplimentación de dichos trámites, la norma, en cuanto a su contenido sustantivo, podría no ser idéntica a la vista de las alegaciones, informes o estudios que se incorporan, con lo que seguiríamos teniendo un problema de aplicación temporal de una disposición que obligaría a adoptar medidas para adaptar las situaciones creadas a la nueva regulación, salvo que se considerara que tales trámites constituyen un mero formalismo intrascendente para modificar la voluntad y decisión administrativa, solución que, a mi juicio, desactivaría la eficacia del control ciudadano y judicial, y convertiría el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales en un mero «ropaje» formal, cuya trascendencia e influencia sobre el contenido material de la norma devendría irrelevante, conclusión que me parece sumamente preocupante.

BIBLIOGRAFÍA

- Agoués Mendizábal, C. (2017). La modulación de los efectos de la nulidad de los Reglamentos. *XII Congreso de la Asociación española de profesores de derecho administrativo*. La Laguna, 3-4 de febrero de 2017.
- Cano Campos, T. (2005). La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias. *Revista General de Derecho Administrativo*, 8.
- Doménech Pascual, G. (2010). El principio de presunción de validez. En J. A. Santamaría Pastor (dir.). *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley.
- Font i Llovet, T., Tornos Mas, J. y Mir Puigpelat, O. (2018). Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública*, 206.
- García de Enterría, E. (1970). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Tecnos.

¹¹ *Op. cit.*

- González Pérez, J. (1976). Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 9, págs. 345-348.
- López Ramón, F. (2018). La calificación de los vicios de los Reglamentos. *Revista de Administración Pública*, 205.
- Sala Atienza, Pascual (2008). El trámite de audiencia en la elaboración de los Reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 177, págs. 247-263.
- Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A. y Fernández Montalvo, R. (1999). *Práctica procesal contencioso-administrativa*. Tomo VII. Barcelona: Bosch.