

¿La jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción llamada a tutelar los derechos de los particulares contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad?

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

1. Propuesta

2. Primera vía: en clave constitucional

- 2.1. Pautas
- 2.2. Recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en el fondo contra un reglamento, por la vía de amparo (con doctrina extensible a cuando el particular se defiende contra un decreto ley o una ley)
- 2.3. Recurso contencioso-administrativo contra actos administrativos, pero en casos en que “indirectamente” las lesiones de derechos fundamentales proceden de decretos leyes
- 2.4. Recurso de amparo del particular directamente contra el decreto ley
- 2.5. Profundización en los criterios de control constitucional en el ámbito de disposiciones de carácter general

3. Vías de defensa mixtas, constitucional/contencioso-administrativo, contra decretos leyes, en el marco de procesos contencioso-administrativos instados por particular legitimado, pero con un control de la norma legal por el TC

- 3.1. Pautas
- 3.2. Ejemplos del control constitucional suscitado por el particular a través de un contencioso-administrativo
- 3.3. Recurso contra el acto administrativo suscitándose posible inconstitucionalidad por el presupuesto de la necesaria urgencia para aprobar un decreto ley

Artículo recibido el 29/05/2020; aceptado el 13/07/2020.

4. Juicios de constitucionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa
5. Opciones más allá de la lógica puramente contenciosa. Primero, fallos que estiman el recurso contencioso-administrativo contra el acto por considerar el decreto ley contrario a derecho. O, segundo, fallos que llegan a inaplicar un decreto ley por considerarlo contrario a la Constitución o al derecho comunitario europeo
6. El caso típico de las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con leyes expropiatorias autonómicas
7. La vía posiblemente más accesible para el particular: los contenciosos de responsabilidad del Estado legislador donde se plantea la cuestión indemnizatoria que interesa, junto a la posible inconstitucionalidad o inaplicación del decreto ley
8. ¿Y cuando no hay acto?
9. Recapitulación

Resumen

Se debate si la jurisdicción contencioso-administrativa ha de ser la jurisdicción llamada a tutelar los derechos de *los particulares* contra normas de cualquier rango por motivos de inconstitucionalidad. Se plantea este debate aprovechando algunos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes, o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes. Segundo, ante la praxis constitucional existente. Y tercero, ante la necesidad de tutelar a los ciudadanos, en especial frente a decretos leyes autonómicos.

Palabras clave: *jurisdicción contencioso-administrativa; inaplicación de leyes; inconstitucionalidad; decretos leyes; tutela de los ciudadanos; normas autonómicas.*

The administrative judicial review and its role on protecting fundamental rights against norms regardless of its rank as a source of laws

Abstract

It is contested whether the administrative judicial review should be the jurisdiction in charge of protecting fundamental rights against norms of any rank for reasons of unconstitutionality. This debate is

framed, first, considering judgments which disapply legislation or annul acts which provide from Royal Decree-Laws on the grounds of their unconstitutionality. Second, the debate explores the existing constitutional praxis. And third, the question is approached in view of the need to protect citizens, especially before Royal Decree-Laws enacted by the Autonomous Communities (regional governments).

Keywords: administrative judicial review; disapplication of legislation; unconstitutionality; Royal Decree-Laws; protection of citizens; Autonomous Communities' legislation.

1

Propuesta

Este debate se plantea aprovechando algunos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes. Segundo, ante la praxis constitucional existente. Y tercero, ante la necesidad de tutelar a los ciudadanos, en especial frente a decretos leyes autonómicos.

Se han abierto especialmente durante los últimos años opciones procesales de interés, mediante **pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa que inaplican leyes, o anulan actos por inconstitucionalidad de decretos leyes.**

Podrá decirse que se nos presentan como una especie de vía “azarosa” cuya procedencia parece depender de la suerte, a la espera de consolidar unas pautas de mayor certeza. En todo caso, se abren algunas vías de interés, que conviene conocer y, sobre todo, explorar, como posibles vías que podrían evitar su carácter puramente especulativo u ocasional, en el contexto de la tutela judicial de los ciudadanos por normas de rango legal que pueden ser inconstitucionales o contrarias a derecho europeo, más allá del recurso de inconstitucionalidad que está vedado al particular.

Un punto de especial interés está en cómo estas tendencias no solo afectan a la tutela de los derechos de los ciudadanos, ya que también nos permiten apuntar reflexiones sobre la configuración misma de la jurisdicción contencioso-administrativa en sus relaciones con el Tribunal Constitucional (TC), hasta el punto de poder plantear el debate de si la jurisdicción contencioso-administrativa no estaría evolucionando hacia una jurisdicción llamada a desarrollar una –moderada pero más certera– parcela de control ordinario en todo ese ámbito de tutela judicial de los

particulares en relación con el poder público, contra actos *o contra leyes* que puedan ser inconstitucionales vulnerando derechos subjetivos de particulares, dejando al TC como instancia reservada para los recursos (de tipo político, pues) de comunidades autónomas o de los legitimados cualificados para plantear un recurso de inconstitucionalidad.

De hecho, no solo un estudio de tales tendencias jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa nos lleva a este debate, sino que también se confirmaría un posible desenlace en el sentido expuesto a la luz de la vocación que se aprecia, en las propias resoluciones del TC, de centrar su ámbito de actuación en esos otros ámbitos distintos de los amparos presentados por los particulares en el marco del artículo 24 de la Constitución (hasta el punto de que en opinión de algunos juristas cabría incluso su supresión). El campo propio de la tutela de los ciudadanos estaría en el derecho administrativo procesal, provenga de donde provenga el acto que lesiona sus derechos. En todo caso, cada vez más se pone de manifiesto la necesidad de mejorar la tutela judicial efectiva en este tipo de situaciones.

Caso emblemático son los decretos leyes autonómicos de tipo expropiatorio que, pese a tener rango de ley, se dictan por un poder público afectando a ciudadanos muy localizados, a modo de puros actos administrativos o reglamentos que, sin embargo, tienen rango legal, dificultando la defensa.

A efectos de evitar posibles problemas de indefensión se hace necesario un mayor desarrollo del sistema de garantías en estos ámbitos, tras apreciar que este tipo de afecciones tan directas no pueden quedar fuera de un control judicial adecuado. Esta afirmación se entiende considerando que, *a priori*, la recurribilidad de una ley o un decreto ley por un particular, como es notorio, es harto difícil. O bien falta legitimación, si se quiere acudir a la vía del Tribunal Constitucional, para plantear el recurso de inconstitucionalidad que sería procedente, o bien falta procedibilidad (en el contexto mismo de los recursos de amparo), según profundizaremos a continuación, o bien el decreto ley (o la ley misma) supera el rango normativo legal de las facultades ordinarias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En particular, el decreto ley presenta una serie de matices en lo procesal que pueden ser analizados a la luz de las resoluciones judiciales, en términos de pura praxis, y teóricos. Así pues, se profundiza seguidamente en las vías de defensa del particular contra decretos leyes y normas de rango legal. La cuestión remite a la jurisdicción contencioso-administrativa o al TC.

2

Primera vía: en clave constitucional

2.1

Pautas

Descartada la acción de inconstitucionalidad, por falta de legitimación por parte del particular, las opciones de debate en lo procesal se abren a través del recurso de amparo, contra este tipo de normas. El debate que vamos a plantear vale no solo para las leyes o los decretos leyes, sino, significativamente en este punto, también para los propios reglamentos o disposiciones de carácter general.

Pues bien, es evidente que lo suyo es la improcedencia del recurso de amparo en este ámbito. Si el amparo, promovido por particulares, es excepcional, en este ámbito lo es aún más.

Por contrapartida, se ha desarrollado una doctrina de interés, que permite pautas de defensa a los ciudadanos frente a afecciones derivadas de normas, por la vía del recurso de amparo, de modo que, si se cumplen los presupuestos excepcionales que vamos a estudiar seguidamente, puede aquella ser planteada con opciones procesales por parte del particular. Por tanto, sin obviar, pues, la excepcionalidad de los amparos, y más aún de los amparos contra normas por particulares, lo cierto es que el cumplimiento (en el caso concreto) de los presupuestos excepcionales de la jurisprudencia constitucional para atacar una norma por el amparo, convierten este instrumento en una vía de interés, considerando que ante la jurisdicción contencioso-administrativa va a ser harto compleja (como veremos) la defensa procesal directa de un particular contra un decreto ley o una ley (no así, obviamente, en relación con reglamentos o disposiciones de carácter general).

En lo procesal, que aquí interesa, estos recursos de amparo podrán tramitarse contra las sentencias dictadas por la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciando un reglamento, pese a que el núcleo de las pretensiones se dirige en el fondo contra este mismo. O bien, de forma más interesante, pueden introducirse contra la norma directamente cuando medie el presupuesto procesal fundamental necesario relativo a que la norma (y este mismo criterio vale tanto para leyes o decretos leyes como para disposiciones de carácter general) tenga **carácter autoaplicativo**, por no mediar un acto aplicativo a la norma legal o reglamentaria.

Además, obviamente, ha de verificarse una lesión jurídico-subjetiva en un derecho fundamental, ya que, en todo caso, este control no se refiere a la legalidad objetiva de las normas. Diríamos que la defensa tiene un carácter subjetivo puro.

2.2

Recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero en el fondo contra un reglamento, por la vía de amparo (con doctrina extensible a cuando el particular se defiende contra un decreto ley o una ley)

Puede citarse, como primera referencia de interés, en lo procesal, la STC 54/2006. Parte esta sentencia de que **“la recurrente imputa directamente a una disposición de carácter general (el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) la lesión de derechos fundamentales sin acto aplicativo de ningún tipo”**. Este es el planteamiento procesal que conviene tener en cuenta.

Tras recordar que **“es doctrina reiterada de este Tribunal que el objeto del recurso de amparo ha de referirse necesariamente a lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (...)”**, afirma que **“este carácter esencialmente subjetivo que lo define impide que este proceso pueda ser considerado una vía adecuada para realizar el control abstracto de la constitucionalidad de ninguna clase de normas, concretamente, en lo que ahora importa, de las reglamentarias (SSTC 40/1982, de 30 de junio, F. 3; y 123/1987, de 15 de julio, F. 1), pues ese control corresponde hacerlo a los jueces de la jurisdicción ordinaria (en este caso, al Tribunal Supremo, al tratarse de una disposición general del Gobierno) y no al Tribunal Constitucional”**.

“Por consecuencia, para que una disposición de carácter general pueda constituirse en objeto de un recurso de amparo sin mediación de acto aplicativo alguno es necesario que la lesión constitucional derive, directa e inmediatamente, de la propia norma reglamentaria”. Y se añade:

“En este sentido, aunque es cierto que en algunas ocasiones hemos negado la posibilidad de recurrir en amparo disposiciones de carácter general sin mediación de acto aplicativo, ello fue porque no habíamos apreciado una conexión entre la disposición general impugnada y la efectiva lesión de derechos fundamentales, pretendiéndose realmente un enjuiciamiento en abstracto de la disposición general (por ejemplo, en SSTC 40/1982, de 30 de junio, F. 3; 95/1985, de 9 de julio, F. 3; 111/1985, de 11 de octubre, F. 2; 131/1985, de 22 de octubre, F. 2; y 141/1985, de 22 de octubre, F. 1). Ahora bien, hemos venido admitiendo la viabilidad del recurso de amparo como un instrumento apto para reparar lesiones de derechos fundamentales derivadas de una disposición de carácter general, cuando la violación del derecho o de la libertad de carácter fundamental le es imputable directa e inmediatamente sin necesidad de mediación de un acto aplicativo (por ejemplo, SSTC 31/1984, de 7 de marzo, F. 4; 141/1985, de 22 de octubre, F. 1; 162/1985, de 29 de noviembre,

F. 1; 123/1987, de 15 de julio, F. 1; 143/1994, de 9 de mayo, F. 4; 153/1994, de 23 de mayo, F. 4; 45/2004, de 23 de marzo, F. 3; y ATC 319/1994, de 21 de noviembre, F. 3”.

En lo procesal, en la STC 54/2006 se interpuso recurso de amparo contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000. Ahora bien, “**aunque formalmente** el presente recurso de amparo se dirige contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2000, parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprobaba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, **la crítica central se refiere a varios preceptos del citado Reglamento...**”.

En consecuencia, sobre el caso planteado, “la Organización de Consumidores y Usuarios recurrente **está legitimada para formular el presente recurso de amparo** dirigido contra una disposición de carácter general –ex art. 43 LOTC (RCL 1979, 2383)–, habida cuenta de que la lesión de derechos fundamentales *se imputa directamente a la citada disposición sin necesidad de la existencia de un acto aplicativo y de que el derecho fundamental que se dice efectiva y concretamente lesionado –el derecho a la igualdad del art. 14 CE (RCL 1978, 2836)– es uno de los que, conforme al art. 53.2 CE, es susceptible de amparo constitucional*”. Hechas las precisiones anteriores, se analiza la queja relativa a la desigual aplicación de la Ley (art. 14 CE).

2.3

Recurso contencioso-administrativo contra actos administrativos, pero en casos en que “indirectamente” las lesiones de derechos fundamentales proceden de decretos leyes

El **ATC 119/2019** se enfrenta con un recurso de amparo contra **los acuerdos del Consejo de Ministros** de fecha 15 de febrero y 15 de marzo 2019, que disponen la exhumación de los restos de D. Francisco Franco, si bien en el recurso de amparo se atacaba también el Real Decreto-ley 10/2018, de 24 de agosto.

De hecho, en lo que interesa, el citado Auto es un ejemplo de cómo se desarrolla el control constitucional sobre la posible vulneración directa de derechos fundamentales derivada de un decreto ley, pese a que finalmente no concurra, para este auto, el presupuesto del carácter autoaplicativo del decreto ley.

El Tribunal Constitucional afirma que el recurso de amparo tiene un carácter esencialmente **subjetivo**, de modo que dicho recurso de amparo es admisible para reparar lesiones de derechos fundamentales derivadas de un decreto ley o decreto legislativo (citando el Auto del Tribunal Constitucional 291/1997, de 22 de julio, fundamento jurídico segundo) o bien derivadas de disposiciones de carácter general (cita este Auto numerosas referencias) cuando la violación del derecho o de la libertad de carácter fundamental es imputable directa e inmediatamente, sin necesidad de mediación de un acto aplicativo, a la norma legal o reglamentaria.

Esto no sucede en el presente caso, según el TC, ya que a su juicio el Real Decreto-ley 10/2018 **no tiene carácter autoaplicativo**, como lo demuestra el hecho de que los acuerdos del Consejo de Ministros dictados en aplicación de la norma legal son el objeto del presente recurso de amparo; por otro lado, el control de la concurrencia del presupuesto habilitante del decreto ley, es decir, la extraordinaria y urgente necesidad según el artículo 106.1 de la Constitución, no es susceptible de recurso de amparo.

2.4

Recurso de amparo del particular directamente contra el decreto ley

En el ATC 191/1997 se interpone un recurso de amparo directamente contra un real decreto-ley (en concreto, el Real Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero, por el que se incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, de la Comisión Europea, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector).

En este sentido, el recurrente en amparo invoca la doctrina según la cual, si bien no se puede acudir al amparo contra una ley o un decreto ley, esta regla tiene una excepción, es decir, la de aquellos preceptos de un real decreto-ley que resulten autoaplicativos, esto es, que afecten al estatus jurídico de una persona de manera inmediata, sin necesidad de acto de aplicación alguno.

Argumenta el interesado que, de no admitirse esta posibilidad, se estaría dejando un ámbito de inmunidad al poder ejecutivo mediante la conversión en normas de lo que no son más que actos, con el fin de impedir toda reacción posible por parte de los destinatarios de las normas.

En este Auto el Tribunal Constitucional incide en que la vía para impugnar leyes es indirecta (refiriéndose a la vía conocida por todos de acceso de los particulares a un juicio de constitucionalidad de una ley o un decreto ley, a

través de la elevación de cuestión de inconstitucionalidad por la jurisdicción ordinaria), de modo que no se prevé en principio una impugnación directa.

No obstante, afirma que en el ámbito del recurso de amparo solo podrá procederse al enjuiciamiento de normas cuando por su mera existencia o entrada en vigor se cause la lesión concreta y actual del derecho fundamental (STC 167/1987). En el presente caso **no puede hablarse de autoaplicación** en sentido propio, pues si hay normas necesitadas de aplicación ulterior son justamente las sancionadoras, que son precisamente el objeto de enjuiciamiento. Y se concluye que la cuestión de fondo planteada solo procedería en el marco de un procedimiento de inconstitucionalidad.

2.5

Profundización en los criterios de control constitucional en el ámbito de disposiciones de carácter general

Aunque estamos ante criterios generales en lo relativo a la posibilidad de un amparo por vulneración de derecho fundamental derivada de normas, existe evidentemente un punto diferenciador de interés, por lo que se refiere a los reglamentos. Y es que, como es notorio, la tutela jurídica contra tales reglamentos se lleva a cabo por la jurisdicción contencioso-administrativa, a diferencia de lo que ocurre con las normas de rango legal. Dicha jurisdicción contencioso-administrativa lleva a cabo, con toda normalidad, el control reglamentario, tanto si este contraviene una ley o un principio general del derecho administrativo como si vulnera la Constitución, afirmándose sin mayores problemas la legitimación del ciudadano por el recurso directo contra el reglamento o por la vía del recurso contencioso-administrativo contra el acto de aplicación.

Por eso es significativo observar ese posible reducto por donde puede entrar un amparo en este tipo de situaciones en que la vulneración se imputa a un reglamento, al margen del control que desarrolla la jurisdicción contencioso-administrativa.

Junto a las referencias expuestas, puede citarse la STC 141/1985 cuando confirma que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de los reglamentos procede en aquellos casos en que se aleguen derechos y libertades, siempre que la violación de los derechos y las libertades se origine directamente en la disposición reglamentaria desestimando el recurso de amparo.

En la STC 168/1985 se interpone recurso contencioso-administrativo contra resoluciones del Ministerio sobre adjudicación de parcelas a consecuencia de un procedimiento expropiatorio. Se examina el Reglamento y se concluye que es desigualitario, estimándose el recurso de amparo.

Como estamos apreciando, se trata de recursos de amparo que llegan al TC a través del cauce más “normal” del recurso de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la STC 153/1994, en la jurisdicción contencioso-administrativa, se había observado la legalidad de un Real Decreto, examinando el Tribunal Constitucional la posible vulneración de derechos fundamentales del citado Real Decreto, si bien en este caso se desestima finalmente el recurso de amparo.

La STC 123/1984 afirma que no es el recurso de amparo una vía para sostener la inconstitucionalidad global o parcial de disposiciones normativas. En el recurso de amparo, el enjuiciamiento del reglamento solo procede cuando se aleguen derechos o libertades cuya violación se origina directamente en la disposición misma.

Puede citarse finalmente el ATC 319/1990 cuando corrobora que en todos estos casos lo procedente es el control del acto de aplicación del reglamento o del reglamento mismo en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que en vía de recurso de amparo el recurso se dirige contra la sentencia, aunque en el fondo el objeto de enjuiciamiento pueda ser el Decreto por vulneración de derechos fundamentales (puede verse también la STC 31/1984).

Así pues, en el caso de los decretos leyes, o de las leyes mismas, el planteamiento o la realidad constitucional se muestra de forma más natural que en el caso de las lesiones de derechos fundamentales procedentes de reglamentos, ya que, dentro de lo excepcional, el punto de interés está en el dato significativo de que el ciudadano pueda llegar a plantearse acudir directamente a la vía del amparo, sin intermediación de la jurisdicción contencioso-administrativa (pese a que también cabrá que la acción procesal haya pasado antes por el contencioso-administrativo, suscitándose el debate después en el TC, si bien pudiendo faltar de forma más palmaria el requisito del carácter autoaplicativo del recurso contra la norma en cuestión, desde el momento en que, si recurre a la jurisdicción administrativa, será generalmente por el hecho de estar recurriendo un acto, y si recurre un acto, es que no se dará el carácter autoaplicativo de la norma que precisa el éxito del amparo contra el decreto ley).

Tratándose de reglamentos, el criterio material o de fondo viene a ser el mismo, pero lo suyo será que la jurisdicción contencioso-administrativa haya sido la llamada a garantizar al particular de las lesiones que se produzcan en los derechos de los particulares, cuando la lesión jurídica provenga de un reglamento (pese a la vía que se abre del control contra la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciadora del reglamento, o contra este mismo).

3

Vías de defensa mixtas, constitucional/contencioso-administrativo, contra decretos leyes, en el marco de procesos contencioso-administrativos instados por particular legitimado, pero con un control de la norma legal por el TC

3.1

Pautas

Seguidamente se exponen las posibles vías de defensa del particular afectado por un decreto ley, de carácter igualmente constitucional, pero a través de la vía que el particular tiene disponible para conseguir el control de constitucionalidad de la norma legal, que no es otra que el contencioso-administrativo. Las opciones de un particular de controlar un decreto ley no pasan obviamente por interponer recursos de inconstitucionalidad, ya que no ostenta legitimación¹. Sus opciones pasan por abrir un cauce de defensa en la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, tampoco en esta jurisdicción el particular dispone de cauce natural alguno de defensa contra decretos leyes. En conclusión, las opciones de defensa pasarán por hacer valer en el caso concreto la posibilidad de introducir un proceso contencioso-administrativo, en relación con el cual pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

¿Qué opciones se abren, en este contexto, al particular?²

1. La vía principal de defensa contra un decreto ley es el recurso de inconstitucionalidad. Pero este tipo de sentencias del Tribunal Constitucional tienen su origen en recursos de inconstitucionalidad promovidos por Gobiernos o recurrentes legitimados para plantear un recurso de inconstitucionalidad, entre los que no se encuentran los particulares. Por poner algún ejemplo de tal elemental doctrina, puede citarse la STC 145/2017, resolviendo el recurso interpuesto por parte del presidente del Gobierno contra el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana, anulándose dicho Decreto-ley. Es decir, se declara la nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el sistema nacional de salud, citándose la STC 134/2017.

Otro ejemplo es la STC 150/2017, en el recurso de inconstitucionalidad 3418/2012, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Socialista del Congreso respecto del artículo 1 del Real Decreto-ley 15/2012 de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, concluyendo la ausencia de presupuesto habilitante para la reducción del número de miembros del consejo de administración en la Corporación RTVE. Igualmente, puede citarse la **STC 133/2019: se interpone por el Gobierno Vasco** recurso de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

2. En el fondo, estamos ante un sistema de equilibrios, abriendo algunos cauces procesales y cerrando otros, para lograr vías que permitan alguna defensa de los particulares, sin afirmar cauces generales de defensa donde no puede llegar el sistema de garantías.

Pues bien, las opciones pasan en principio por la preexistencia de un **acto administrativo** recurrible en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por su parte, la legitimación procesal no suscita tema de debate, ya que seguirá los cauces ordinarios del ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo.

Una primera situación es la relativa, pues, a casos en que lo inmediato es un acto administrativo que interesa recurrir a un particular, planteándose con toda naturalidad la lógica contencioso-administrativa. Y en el marco del contencioso se plantea la cuestión de inconstitucionalidad de oficio por el magistrado o por iniciativa de una parte recurrente.

Los asuntos de personal y en especial los de urbanismo parecen especialmente propicios a este tipo de control, en consideración a la proliferación de decretos leyes que se publican afectando derechos de particulares, por entidades cercanas al ciudadano (como son las comunidades autónomas), regulando determinados aspectos con una especial cercanía respecto al ciudadano, afectándolo muy directamente, en ámbitos geográficos además muy concretos, es decir, espacios donde se desarrolla por ejemplo una urbanización, pero donde es dictado un decreto ley con toda intención para bloquear la urbanización que se estaba desarrollando por motivos nuevos ambientales, por ejemplo conforme a nuevas sensibilidades sociales del lugar.

3.2

Ejemplos del control constitucional suscitado por el particular a través de un contencioso-administrativo

En el caso resuelto por la STC 106/2019 el particular había planteado un contencioso-administrativo **contra las bases específicas** que rigen la convocatoria para constituir una bolsa extraordinaria de aspirantes para proveer como funcionarios interinos plazas vacantes de Policía Local, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Palma de Mallorca, recayendo sentencia desestimatoria de 7 de septiembre de 2017, por considerar el acto impugnado acorde a las previsiones contenidas en una norma con rango de ley válida y eficaz, como es la disposición transitoria segunda del Decreto-ley de las Islas Baleares 1/2017, de 13 de enero.

En la apelación, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares acuerda otorgar a las partes procesales trámite de alegaciones sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, respecto de la disposición transitoria segunda del citado Decreto-ley, por posible contradicción con el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, en materia del régimen estatutario de los fun-

cionarios públicos, de acuerdo con el artículo 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad, pero por el hecho de realizar una interpretación que salva la posible contradicción entre la norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas (artículo 41 de la Ley 4/2013 y disposición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017).

3.3

Recurso contra el acto administrativo suscitándose posible inconstitucionalidad por el presupuesto de la necesaria urgencia para aprobar un decreto ley

La STC 29/2015 arranca de un típico contencioso-administrativo en el que el particular solicita una licencia, planteándose un debate sobre la posible inconstitucionalidad del decreto ley llamado a ser aplicado como referencia reguladora del silencio positivo en cuestión (Real Decreto-ley canario 8/2011, en concreto su artículo 23)³.

En su Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el órgano judicial, después de justificar con detalle los requisitos del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, entiende que no hay razón que pruebe la existencia de **razones de extraordinaria y urgente necesidad**. Y que por tanto podría no estar justificada constitucionalmente, *ex* artículo 86.1 de la Constitución, el uso en el presente asunto de la figura del decreto ley.

Esta tesis es finalmente compartida por el Tribunal Constitucional para estimar la cuestión de inconstitucionalidad y declarar inconstitucional y nulo el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, por infracción del artículo 86.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina en la materia y pone de manifiesto que el Gobierno no ha aportado una justificación suficiente que

3. En lo procesal, una vez concluidas las actuaciones y dentro del plazo para dictar sentencia, el Juzgado, por providencia, acordó, de conformidad con lo previsto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, por posible vulneración de los artículos 89.1 y 148.1.3 de la Constitución.

permita apreciar la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerida por el artículo 86.1 de la Constitución. Interesa este párrafo: “para que resulte legítimo usar la habilitación constitucional de la acción normativa de urgencia no basta con comprobar la existencia de una situación de inseguridad jurídica. Hace falta además esa incertidumbre venga cualificada por unas determinadas circunstancias singulares, cuya presencia es la que reclama y fundamenta su corrección urgente”.

Obviamente, interesa destacar esta situación, ya que es específico de la defensa contra decretos leyes el que pueda interesar alegar la vulneración de la Constitución de tal decreto ley, por este concreto motivo (de falta de presupuesto habilitante de urgencia del decreto ley), a diferencia de cuando la afección al particular se produce por una ley.

El juicio o debate de posible inconstitucionalidad que plantee el decreto ley podrá provenir de cualquier posible contravención de la Constitución. Un ejemplo de funcionamiento de esta realidad puede ser la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2014, recurso 274/2009, cuando se recurre una resolución de aprobación definitiva de un plan y en el proceso contencioso-administrativo se suscita la cuestión de inconstitucionalidad del decreto ley, que finalmente se rechaza porque no se considera fundada la alegación de **vulneración de autonomía local**. No obstante rechazarse la inconstitucionalidad del decreto ley, se estima finalmente el recurso contencioso-administrativo porque las parcelas no deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del plan recurrido.

En la práctica los decretos leyes parecen ser las normas “favoritas” del poder público para afectar los derechos de particulares muy concretos y localizados de forma directa⁴.

4

Juicios de constitucionalidad en la jurisdicción contencioso-administrativa

Es evidente que, cuando se solicitan cuestiones de inconstitucionalidad, los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción contencioso-administrativa realizan juicios de inconstitucionalidad a efectos de determinar la procedencia o no de la cuestión planteada. En consecuencia, este tipo de enjuiciamientos no tienen anormalidad alguna en sede contencioso-administrativa.

4. Esta reflexión nos llevaría a la problemática de las leyes singulares; por todos, *vid.* J. A. MONTILLA MARTOS, “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, 104, 2015, p. 269.

Es sabido que en nuestro derecho español no existe un control difuso a través del cual cualquier órgano judicial de la jurisdicción ordinaria desarrolle juicios de constitucionalidad propiamente dichos, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de nuestros Estados de Hispanoamérica, por influencia de Estados Unidos.

Pues bien, lo que queremos apuntar es que los juicios de constitucionalidad que realiza la jurisdicción contencioso-administrativa tienen una especial densidad, y que dicha jurisdicción no es extraña a este tipo de enjuiciamientos de inconstitucionalidad de leyes. Diríamos que a veces se desarrollan auténticos juicios sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes o los decretos leyes. Ello primero cuando se plantean cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero también, segundo, cuando estas se rechazan (al margen de los casos de inaplicación de ley por inconstitucionalidad sobrevenida –STS de 25 de mayo de 1999, rec. 1787/1995–). Evidentemente, es común también la actitud de desechar de forma extremadamente lacónica, e incluso a veces sin argumento alguno, las cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC planteadas por la parte recurrente en el otrosí de la demanda por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este tipo de contenciosos, pese al carácter revisor, se observa, como situación frecuente, que las posibles cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por el recurrente ante la jurisdicción contencioso-administrativa se plantean *ex novo* en estos procesos, sin haberse planteado necesariamente en la vía administrativa, lo cual tiene justificación porque es una cuestión jurídica que se plantea ante la propia jurisdicción contencioso-administrativa.

5

Opciones más allá de la lógica puramente contenciosa. Primero, fallos que estiman el recurso contencioso-administrativo contra el acto por considerar el decreto ley contrario a derecho. O, segundo, fallos que llegan a inaplicar un decreto ley por considerarlo contrario a la Constitución o al derecho comunitario europeo

Veremos seguidamente opciones más allá de la lógica puramente contenciosa, entendiendo por tal la referida hasta el momento, en el sentido de limitarse la jurisdicción contencioso-administrativa a realizar un juicio de inconstitucionalidad, a efectos de plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC.

Se trata, primero, de casos (de especial interés, como es obvio) en que el juicio de inconstitucionalidad, de la jurisdicción contencioso-administrativa,

conduce a la estimación del recurso contencioso-administrativo del particular recurrente, contra el acto administrativo objeto de recurso, por considerar inconstitucional el decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Y se trata, segundo, de casos (de especial interés, asimismo) en que el juicio de inconstitucionalidad, de la jurisdicción contencioso-administrativa, conduce a la inaplicación por inconstitucionalidad del decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Todo ello se produce sin intervención del TC.

Estas vías, además de su interés práctico, tienen un interés teórico, porque a mi juicio, de profundizarse en ellas, tendríamos incluso una vía de futuro, *lege ferenda*, para afirmar la jurisdicción contencioso-administrativa en todo ese ámbito referido a la tutela judicial en el ámbito de las relaciones jurídicas de particulares con los poderes públicos.

Se han dictado algunos pronunciamientos de indudable originalidad e impacto; de hecho, se revocan sentencias de instancias inferiores, inadmitiendo el recurso por falta de jurisdicción ante lo extravagante de lo planteado por el demandante, pese a que con una cierta autoridad el Tribunal Supremo se permite innovar judicialmente.

Primero, puede citarse la STS 131/2017, de 31 de enero de 2017⁵, cuando se declara la estimación del recurso contencioso-administrativo del particular recurrente, contra el acto administrativo objeto de recurso, por considerar inconstitucional el decreto ley, o por ser contrario al derecho europeo.

Se impugnan por el recurrente resoluciones administrativas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo que según el Tribunal Supremo son perfectamente impugnables en la vía contencioso-administrativa. Siendo esto evidente, lo que ocurre es que el motivo de impugnación de estas resoluciones administrativas es que la norma con rango de ley en que se apoyan, es decir, el Real Decreto-ley 8/2014, es contraria al derecho de la Unión Europea y a la Constitución Española.

Interesante es observar las pretensiones de los justiciables en estos casos: inaplicación del Real Decreto-ley por esta Sala “por sí o después de planteada en su caso la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia”; o bien la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. Se comparte por el Tribunal Supremo que, si esos juicios de nulidad fueran adversos a la validez de la norma, las resoluciones administrativas impugnadas carecerían de soporte jurídico y habrían de ser declaradas disconformes a derecho y anuladas.

5. Esta doctrina se refleja también en la STS de 7 de febrero de 2012 y en la STS de 19 de junio de 2017, rec.1531/2016.

El Tribunal Supremo rechaza que exista falta de jurisdicción, a diferencia de lo que había entendido por Auto el Tribunal Superior de Justicia, inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo **por falta de jurisdicción**, razonando que estos motivos no eran adecuados al contencioso-administrativo. Sin embargo, el Tribunal Supremo apunta que son dos resoluciones administrativas perfectamente impugnables en vía contencioso-administrativa, y que no existe en la Ley de jurisdicción ningún precepto que limite los motivos de impugnación. El objeto del proceso viene determinado por el acto o la disposición que se recurre, no por los motivos de impugnación que se utilizan. Se afirma que el artículo 26 de la Ley jurisdiccional admite con toda normalidad la impugnación de actos o disposiciones con base en la disconformidad a derecho de las disposiciones de que aquellos son de aplicación Y se razona que ningún precepto existe en el ordenamiento jurídico que excepcione de esa regla el caso de que la disposición en que aquellos se funden tenga rango legal, ni ninguna norma impide utilizar únicamente como motivo de impugnación la invalidez de la ley que sirve de cobertura. Por tanto, no es cierto que en estos casos lo impugnado sea la ley. Además, se añade que el recurrente no pide que la Sala declare la nulidad de las leyes en que se apoyan las resoluciones, sino que se anulen estas.

En conclusión, se revoca el Auto por el que se había admitido el recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción. Otro motivo en que se apoya el Tribunal Supremo es que la jurisdicción contencioso-administrativa puede directamente inaplicar preceptos correspondientes a un real decreto-ley, como ha hecho la STS de 7 de febrero de 2012, recurso 419/2018, que pasamos a comentar, como ejemplo de la segunda incidencia que pasábamos a exponer inicialmente en este epígrafe.

En la **sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2018)**, con toda lógica contenciosa-administrativa en la Audiencia Nacional se había recurrido una orden (por la que se revisaban los peajes de acceso a partir del 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial).

Interesa observar la pretensión de la parte recurrente en este caso en que existe un acto administrativo y aquel basa su defensa en que el decreto ley no es conforme a derecho, a modo, diríamos, de un recurso contencioso-administrativo indirecto, en clave contenciosa.

Pues bien, según la pretensión de la recurrente, Iberdrola, lo que interesa es que se declare que una determinada regulación de la Orden recurrida **es inaplicable** por ser contraria a derecho comunitario, y subsidiariamente, en caso de no adoptarse dicho pronunciamiento, que se declare la nulidad de los preceptos por ser contrarios a la Constitución, solicitando como reconocimiento de situación jurídica individualizada el derecho de la empresa a ser indemnizada

por las cantidades abonadas, para financiar el bono social hasta la fecha de ejecución de la sentencia estimatoria que se dicte. Y en último término se solicita cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con objeto de que se determine si el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009 vulneran los artículos 9.3, 14 y 38 de la norma suprema.

En conclusión, la sentencia de 7 de febrero de 2012 estima el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional y declara inaplicados los artículos en cuestión del referido Real Decreto-ley 6/2000.

Otra referencia en este contexto es la STS 4985/2012, de 28 de junio de 2012, por la que el Tribunal Supremo declara que, si hay una **incompatibilidad entre una ley autonómica y una ley estatal**, “**el pleito puede resolverse dejando de aplicar una norma con rango de ley (la ley autonómica valenciana) y aplicar directamente la norma básica**, integrando el contenido de esta última de manera coincidente con la regulación que sobre la información pública establecía el TR de la Ley del Suelo de 1976 y el Reglamento de Planeamiento de 1978” (existe un voto particular que disiente de esta solución, considerando que en estos casos el Tribunal no puede inaplicar una ley, sino elevar cuestión de inconstitucionalidad, ya que la inaplicación solo procede con los reglamentos, pero no con normas de rango legal)⁶.

Bien es cierto que el TC a veces (así, STC 1/2017) ha sido tajante (estimando recursos de amparo) en el sentido de declarar que no cabe inaplicar una ley en estos casos (ni cuando una ley autonómica vulnere una ley estatal), sino que ha de plantearse cuestión de inconstitucionalidad. Y el propio Tribunal Supremo llega (en el ATS de 19 de diciembre de 2019, rec. 4124/2018) a estimar el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto reconociendo que la inaplicación que hizo en el proceso (de la ley autonómica) puede conllevar el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, dando trámite a las partes para que se pronuncien al respecto (igualmente, STC 81/2019; puede verse también el ATC 496/1989).

En este contexto pueden situarse las SSTS 1118/2020, de 10 de marzo de 2020, FJ 2; 952/2020, de 10 de marzo de 2020, y 1046/2020, de 18 de mayo de 2020. Se aprovecha por el TS para matizar el criterio que se había mantenido en relación con el recurso indirecto contra disposiciones con rango de ley. Se considera que son improcedentes los recursos de casación planteados, ya que se evidencia desconexión de la pretensión contra el acto y contra la ley, al pretenderse un enjuiciamiento general de la ley recurrida indirectamente⁷. Pero, en

6. Puede también verse la STC 66/2011, o la STC 4/1981.

7. “Este asunto es uno más de la larga serie de recursos que tienen por objeto la fiscalización casacional de sentencias en las que se ha enjuiciado la conformidad a Derecho de

general, se ponen de manifiesto limitaciones por la vía asimismo de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial⁸. En la STS de 18 de mayo de 2020 (rec. 5668/2017) se afirma: “la revisión atribuida a la jurisdicción contenciosa respecto de ‘la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, las disposiciones generales de rango inferior a la ley y los decretos legislativos cuando excedan de los límites de la delegación’ (art. 1.º LJCA), no alcanza a las leyes. En consecuencia, no pueden, no podemos los tribunales contenciosos examinar si la declaración de interés general de una obra hidráulica, declarada, como ha ocurrido en este caso del embalse de Biscarrués, en un Real Decreto-ley (1992), y dos leyes que lo reiteran (Ley 10/2001 y Ley 11/2005), está ajustada a derecho, pues es competencia del Tribunal Constitucional decidir acerca de la conformidad de las leyes a la Constitución”.

Finalmente, téngase en cuenta que, en el contexto de los decretos leyes del COVID, se ha entendido que los decretos por los que se declara o prorroga el estado de alarma tienen la consideración de normas con rango o valor de ley, lo que impide que el control de su validez corresponda a la jurisdicción ordinaria (puede verse A. RUIZ ROBLEDO, “Dos controles jurídicos mejor que uno”, en la Tribuna del Diario de Sevilla de 1 de mayo de 2020, <https://www.diariodesevilla.es/opinion/>

actos administrativos –o en algún caso, de disposiciones generales–, con el exclusivo fundamento en vicios o infracciones, no tanto propios del acto o disposición sobre el que recae la impugnación (el que debe ser identificado como recurrido en el artículo 1 de la LJCA), sino imputables a la Ley formal que sirve de fundamento y cobertura normativa a tales actos de aplicación. El problema es que, en determinados casos, como el que ahora nos ocupa, la desvinculación entre el problema de legalidad planteado con carácter general y abstracto, esto es, referido a la Ley fiscal, y el que presenta, en sí mismo, el acto impugnado, es total y absoluta, desnaturalizando la esencia misma del proceso contencioso-administrativo y, en lo que ahora debemos dilucidar, del recurso de casación”.

8. “Sin embargo, la impugnación experimenta un cambio cualitativo de perspectiva procesal cuando lo que se viene a poner en tela de juicio, tanto en el litigio de instancia como en la casación, es la norma con rango de ley que crea y ordena el tributo, y para cuya anulación directa son claramente incompetentes los tribunales de justicia y, en particular, los de este orden jurisdiccional, ya sea por motivos conducentes a su inconstitucionalidad, ya lo fuera por su eventual disconformidad con el Derecho de la Unión Europea (aun con ciertas diferencias de matiz entre uno y otro caso, en que no procede adentrarse). Es verdad que cabe, en nuestro proceso, respectivamente, tanto la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad como cuestión prejudicial ante el TJUE, pero entendemos que siempre bajo el presupuesto indeclinable de que lo que se somete a revisión no es una ley en sí misma considerada, evidentemente, sino un acto administrativo de los definidos en el artículo 1, en relación con el 25 LJCA, lo que significa que se trata de una previsión legal de reenvíos prejudiciales cuya finalidad no es la abstracta de que la ley formal se someta a un proceso integral de revisión, sino con la más modesta de decidir un pleito en que se suscita una pretensión directamente relacionada con los actos y disposiciones susceptibles de impugnación (artículo 31 LJCA). De ahí que sea fundamental el denominado juicio de relevancia, como relación de dependencia entre la validez –puesta, por hipótesis, en cuestión, de la norma con rango de ley, aplicable al caso– y la resolución del litigio cuyo centro de gravedad es, no puede ser de otro modo, un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo o un reglamento o disposición general”.

tribuna/controles-juridicos-mejor_0_1460553987.html, en el cual el autor opina que tanto el TC como el TS deberían corregir su jurisprudencia de acuerdo con la cual los decretos por los que se declara o prorroga el estado de alarma tienen la consideración de normas con rango o valor de ley, lo que impide que el control de su validez corresponda a la jurisdicción ordinaria; también D. CÓRDOBA CASTROVERDE, “El control judicial de la declaración del estado de alarma y de los actos y disposiciones dictados en aplicación del mismo <https://revistas.elderecho.com/revistas/revistadejurisprudencia/judicial-declaracion-disposiciones-dictados-aplicacion_6_1499280001.html>”, *El Derecho*, mayo 2020).

6

El caso típico de las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con leyes expropiatorias autonómicas

Este supuesto viene a ser, posiblemente, la muestra de laboratorio. O, cuando menos, un caso característico. Se trata de normas legales de contenido de puro derecho administrativo que afectan directamente a los particulares, y en torno a las que se complica la defensa. Son casos relevantes porque suscitan problemas de indefensión. Se suma el hecho de que el artículo 33 de la CE, derecho de propiedad, no sea susceptible de amparo. Se precisaría acaso de un especial desarrollo de estos casos, en atención a la intensa afección que producen y al carácter frecuente de la invocación de normas ambientales o territoriales que producen efectos expropiatorios. Quedan acaso sin juzgar estos asuntos adecuadamente, en parte por la inadecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa para examinar cuestiones de inconstitucionalidad, o más bien por su pereza de plantearlas ante el TC, o la sobrecarga de trabajo existente en la que aquellas además redundan. Los recurrentes se hartan de alegar este tipo de pretensiones que caen en el puro vacío, sin que nadie las enjuicie debidamente, ni el TC, donde no llegan (además de ser una instancia seguramente no apropiada para estos detalles indemnizatorios jurídico-administrativos), ni la jurisdicción contencioso-administrativa, que, al ver que se suscita un debate constitucional, directamente lo obvia. Es decir, sin perjuicio de algún pronunciamiento, no podemos ignorar la realidad más común.

Uno de ellos es la STC 48/2005, en relación con la Ley de Canarias 2/1992, de 26 de junio, sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de los edificios de una determinada calle de Tenerife, para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, por posible vulneración del artículo 33 de la Constitución. En el contexto de un contencioso

expropiatorio se suscita la cuestión de inconstitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es interesante esta sentencia porque estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que lo actuado es contrario al principio de proporcionalidad, bastando esta infracción para la anulación que se decreta⁹.

7

La vía posiblemente más accesible para el particular: los contenciosos de responsabilidad del Estado legislador donde se plantea la cuestión indemnizatoria que interesa, junto a la posible inconstitucionalidad o inaplicación del decreto ley

Interesa destacar este cauce procesal, de especial relevancia práctica, que pasa por la solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial en el plazo de un año desde que los contenciosos se producen, esperar acto seguido a la resolución expresa o a los seis meses de silencio negativo y, finalmente, accionar en la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando tal responsabilidad patrimonial. Vamos a apuntar tres incidencias, en este contexto de la defensa del particular contra un decreto ley.

Como **primera variante**, se trata, pues, de un contencioso-administrativo de responsabilidad por **Estado legislador**, cuyo contenido dependerá de los presupuestos generales de la responsabilidad patrimonial que rigen también estos contenciosos. Como siempre, exponemos algunos ejemplos de esta situación; así, la STS 1386/2019, de 16 de octubre de 2019: los particulares acuden al contencioso-administrativo solicitando responsabilidad patrimonial como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por la injustificada supresión del régimen retributivo de la

9. Y ello en tanto en cuanto “la realidad de los hechos demuestra que el legislador autonómico disponía de una pluralidad de edificios que al encontrarse ubicados dentro de la misma manzana edificatoria, parecían igualmente idóneos, al menos a primera vista, para conseguir hacer efectiva la ampliación de la sede parlamentaria, y dado que ha seleccionado exclusivamente alguno de ellos excluyendo los otros sin ofrecer ningún motivo que justifique de manera razonable tal decisión, ni pudiendo nosotros deducirlo a partir del contraste de unos y otros en punto a su idoneidad para el fin de la expropiación, pues para ello sería preciso un examen de la realidad fáctica que tiene mejor acomodo en el marco de la prueba practicable en un procedimiento judicial, *debe concluirse que la declaración de la necesidad de ocupación de los edificios número 5 de la calle Teobaldo Power y números 44 y 46 de la calle Castillo en Santa Cruz de Tenerife efectuada por el artículo 1.º de la Ley Canaria 2/1992 no puede satisfacer en el marco de nuestra jurisdicción el juicio de necesidad connatural al principio de proporcionalidad*”.

instalación de cogeneración que tenía reconocido el interesado conforme al Real Decreto 661/2007; el caso se estudia desde el punto de vista de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial sin ninguna especificidad¹⁰.

Como **segunda variante**, puede mencionarse la relativa a casos en que **previamente a la acción de responsabilidad patrimonial se ha declarado inconstitucional** el decreto ley o la ley. Téngase en cuenta que la LRJSP 40/2015 distingue daños causados por leyes (en principio, tiene que haberse previsto en las propias leyes la cláusula indemnizatoria, pero la jurisdicción contencioso-administrativa viene permitiendo un contencioso directamente, pese a tal omisión legal) y los daños derivados de ley inconstitucional. Sobre esto último, un posible ejemplo es la STS 149/2020, de 17 de enero de 2020, estimando la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la declaración parcial de inconstitucionalidad del IIVTNU (plusvalía) tras examinar los presupuestos de la responsabilidad patrimonial¹¹.

Como **tercera variante** exponemos los casos en que se plantea un recurso contencioso-administrativo de responsabilidad por Estado legislador, pero planteándose igualmente una cuestión de inconstitucionalidad contra el decreto ley. Por tanto, en el marco del proceso iniciado por responsabilidad patrimonial puede suscitarse posible cuestión de inconstitucionalidad. Ilustra por ejemplo la STS 149/2017, de 1 de febrero de 2017, pese a que confirme finalmente la sentencia recurrida del TSJ de Baleares, que deniega la responsabilidad patrimonial instada por el particular por los daños causados por un

10. Interesan casos en que se aprueba un decreto ley y el particular observa que le causa una afeción dañosa y quiere defenderse. Otro ejemplo es la STS de 21 de junio de 2013, rec. 6006/2011, desestimando la acción de daños causados por el Decreto-ley 1/2007, de 23 de noviembre, de medidas cautelares hasta la aprobación de normas de protección de áreas de especial valor ambiental para las Islas Baleares, ya que el Decreto-ley regula solo cautelarmente.

Igualmente, puede citarse la STSJ 271/2016, de Baleares, de 18 de mayo de 2016, de responsabilidad por daños por desclasificación de parcelas tras denegación presunta de solicitud tras aprobación de un decreto ley desclasificador de suelo.

11. Otro ejemplo de responsabilidad del Estado legislador **una vez que se declara un decreto ley inconstitucional** es la STS de 7 de octubre de 2011 (recurso 494/2009), de daños como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, declarado inconstitucional por sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007. En lo procesal el particular interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de abril de 2009 denegando la reclamación, efectuada el 16 de mayo de 2007, de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a la demandante como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, declarado inconstitucional; formalizando demanda en la que se terminó suplicando se dictara sentencia condenando a abonar, por el concepto que se reclama, una cantidad en concepto de responsabilidad patrimonial más los intereses. También declara indemnización por responsabilidad del Estado legislador, por norma declarada inconstitucional, la STS de 2 de junio de 2010, rec. 588/2008.

decreto ley que desclasifica el suelo. Es incluso en “conclusiones” cuando se pide se eleve cuestión de inconstitucionalidad frente al decreto ley, y se reitera en casación. Será recomendable plantear tal cuestión, si interesa, desde la vía administrativa para evitar riesgos procesales, es decir, cualquier atisbo de desviación procesal. El Tribunal Supremo afirma que no es impedimento, para ser enjuiciado en casación, el haberse interesado en conclusiones sobre la cuestión de inconstitucionalidad, considerando que el juez de instancia realiza un enjuiciamiento sobre tal cuestión en la sentencia.

8

¿Y cuando no hay acto?

Las situaciones anteriormente comentadas aluden a casos en que existe un acto administrativo, que se recurre por el particular en la jurisdicción contencioso-administrativa para su anulación, suscitándose la posible cuestión de inconstitucionalidad del decreto ley. O aluden a casos de responsabilidad patrimonial en que se ejercita una pretensión de compensación de daños en el marco de la responsabilidad patrimonial contra el decreto ley.

Ahora bien, ¿y qué ocurre, al margen de estos casos, si no hay acto administrativo que recurrir?

Insistimos: ¿y qué ocurre cuando interese la inconstitucionalidad del decreto ley, o una defensa contra dicha norma de rango legal? Lo suyo será acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial si se puede¹²; y, si no se puede, intentar “crear” un acto, mediante la pertinente solicitud de una prestación y espera del tiempo de silencio, para la recurribilidad del decreto ley. Y, en este marco, es donde procedería ejercitar la pretensión de posible inconstitucionalidad para su elevación al TC, o la inaplicación del decreto ley en los términos estudiados, o la estimación del recurso anulando el acto aplicativo por ser inconstitucional el decreto ley, o pensar en la vía ulterior del amparo.

Un ejemplo en este contexto puede ser la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) 401/2018, de 30 de abril de 2018: en este supuesto **se pide una autorización** para un festejo taurino tradicional que es denegada por la Administración, con lo que el

12. En los casos de responsabilidad patrimonial, se obvian los posibles problemas procesales, de existencia de un acto administrativo, porque la solicitud que se presenta reclamando daños iniciando un procedimiento provoca un acto expreso, o presunto, denegatorio, que se recurre sin problemas procesales.

particular recurre en la jurisdicción contencioso-administrativa la denegación de la solicitud. En fin, planteada en tal marco la cuestión de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares, no prospera, porque el Tribunal no la considera suficientemente fundada.

9

Recapitulación

A modo de conclusión puede incidirse en aspectos prácticos y en aspectos teóricos.

Sobre estos últimos¹³, la conclusión principal sería la posible consolidación de la tutela de la jurisdicción contencioso-administrativa en casos de inaplicación de decretos leyes (sobre todo autonómicos expropiatorios) por ser inconstitucionales, así como en casos de anulaciones de actos aplicativos por ser inconstitucional el decreto ley mismo.

Se observa, en efecto, la necesidad de desarrollo de la tutela de los ciudadanos contra leyes, pero en especial contra decretos leyes autonómicos que se dictan pensando en un grupo determinado de personas, que, por ser expresivos, pueden situarse incluso a pocos kilómetros del Parlamento regional que dicta el decreto ley en cuestión.

13. Por su parte, a efectos prácticos podemos destacar estas posibles soluciones: 1. El recurso de amparo directamente ante el TC sería planteable, si se trata de un decreto ley autoaplicativo, es decir, sin actos de aplicación. Pese a darse este presupuesto complejo, sin embargo, podrá fallar el requisito de la vulneración del derecho fundamental; el derecho de propiedad (art. 33 CE) está fuera de los susceptibles de amparo. Quedaría la vía abierta para invocar otro derecho fundamental. 2. Tampoco será posible el recurso de inconstitucionalidad por no estar, dentro de los legitimados, los particulares. Las vías de tutela pasarán por la inconstitucionalidad a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. 3. El recurso contencioso-administrativo que interesará tendrá como vía más adecuada la reclamación de responsabilidad patrimonial. Para ello, sencillamente, habría que plantear una solicitud contra el decreto ley o acto de convalidación ulterior, cuantificando los perjuicios económicos. En dicho recurso contencioso-administrativo sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial, se plantearían estas pretensiones en concreto: *–responsabilidad patrimonial; –inaplicación, por inconstitucionalidad, del decreto ley (la vía del contencioso indirecto contra el decreto ley en cambio no será posible si no hay acto de aplicación); –cuestión de inconstitucionalidad a elevar al TC.* 4. De no apreciarse la posibilidad de la cuantificación de daños, habría que valorar la opción de crear un acto administrativo, por la vía de la solicitud de una autorización en relación con algún derecho que interese ejercitar y que el decreto ley impida. Esta vía finalmente podrá ser ejercitada acumuladamente a la anterior, o por separado. Y en tal contencioso se podrían plantear las opciones que acaban de ser enumeradas.

De lo que se trata, en general, es de consolidar criterios a través de los cuales la jurisdicción contencioso-administrativa pueda tutelar a los ciudadanos cuando un decreto ley o una ley lesione un derecho de un particular, y pueda ser inconstitucional la norma en cuestión. O bien se normaliza la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, o bien, en mi opinión mejor, se consolidan los criterios en la propia jurisdicción contencioso-administrativa, para que no se trate de dos muestras jurisprudenciales de museo, sino de precedentes de aplicación real, en estos dos casos a los que cabe proponer la normalización del contencioso-administrativo: inaplicación del decreto ley por ser inconstitucional, o bien anulación del acto aplicativo por ser inconstitucional o contrario a derecho europeo el decreto ley mismo. Se trataría, pues, de consolidar la jurisdicción contencioso-administrativa en todo este ámbito de las relaciones jurídicas de los particulares con el poder público en general, una vez se comprueba por cualquiera que para el TC no tienen relevancia constitucional.