

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REGLAMENTOS Y LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

**DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES
PRONUNCIADO EL 27 DE MARZO DE 2007,
POR EL ILMO. SR. D. PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO**

I N D I C E

- I - INTRODUCCIÓN.**
- II - BREVE RESEÑA DE LA POTESTAD REGLAMENATRIA.**
 - 1.- Su funcionamiento y órganos que la ostentan.
 - 2.- Su distinción con el acto administrativo y otras figuras afines.
 - 3.- Inaplicación e impugnación de los reglamentos ilegales.
- III - LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.**
 - 1.- Los anteriores a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 2.- La situación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.
 - 3.- Los antecedentes inmediatos de la regulación actual.
- IV - LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO.**
 - 1.- El mantenimiento del recurso directo y del denominado recurso indirecto.
 - 2.- El planteamiento general de la cuestión de ilegalidad y el sistema

de recursos contra sentencias resolutorias de recursos indirectos contra reglamentos.

- 3.- La insuficiente regulación de las particularidades procesales que exige la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley 29/1998.

V - LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD.

1.- Naturaleza jurídica.

2.- Presupuestos que obligan al planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

A.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un acto de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho.

B.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal.

C.- Que en el recurso indirecto haya recaído sentencia estimatoria firme.

3.- Requisitos subjetivos.

4.- Requisitos objetivos.

5.- Procedimiento.

A.- Planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

B.- Trámite de admisión.

C.- Tramitación.

D.- Sentencia.

E.- Recurso contra la sentencia.

F.- Publicación.

G.- Condena en costas.

6.- Cuestión de ilegalidad y extensión de efectos de las sentencias.

VI - CONCLUSIONES.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS REGLAMENTOS Y LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD¹

I INTRODUCCIÓN

Enfrentado a la elección del tema de mi discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, como académico de número, he optado por una cuestión directamente relacionada con lo que fue núcleo de mi vocación y ha sido actividad fundamental de mi dedicación profesional durante más de treinta años: la defensa en juicio de la Administración Pública.

La extensión del tema elegido, para no convertirlo en inabarcable, exige efectuar las siguientes precisiones y delimitaciones previas:

- No pretendemos referirnos a todos los controles a que se somete el ejercicio de la potestad reglamentarla. No lo haremos, por ejemplo, al control previo del Consejo de Estado o de los respectivos Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas mediante dictamen preceptivo emitido al final del procedimiento de elaboración.
- Tampoco centraremos nuestro examen en el deber de inaplicar los reglamentos que sean contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a todos los órdenes jurisdiccionales. De todos ellos, sólo la jurisdicción contencioso-administrativa puede no sólo inaplicar sino también anular los reglamentos ilegales.

1.- Es obligado reconocer la magistral contestación a la lectura del presente discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, realizada por el Académico, Ilmo. Sr. Tomás Mir de la Fuente. Sus observaciones y sugerencias obligan a profundizar en la apuntada utilidad de la cuestión de ilegalidad en todo supuesto de inaplicación de reglamentos por cualquier órgano y orden jurisdiccional.

- Exceden también de nuestro objetivo los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional para determinar a quien corresponde la titularidad de la potestad reglamentaria ejercitada y discutida.
- Concretamos el análisis en el control de la potestad reglamentaria efectuado por la jurisdicción contencioso-administrativa y, aún más, en el que se encauza, no a través del recurso directo (artículo 25.1 de la Ley 29/1998), que puede interponerse dentro del plazo general de dos meses desde su publicación a través del procedimiento ordinario o en el plazo de diez días a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998), sino mediante el denominado recurso indirecto (artículo 26.1 de la Ley 29/1998), que supone la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de los reglamentos, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho, y que abre la puerta a la cuestión de ilegalidad que regula el artículo 27 de la Ley 29/1998 y desarrollan, como procedimiento especial, los artículos 123 a 126 de la misma Ley.

II

BREVE RESEÑA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

1.- Su fundamento y órganos que la ostentan.

La potestad reglamentaria constituye el poder atribuido a la Administración de dictar normas que se incorporan al ordenamiento jurídico. Se rompe con ello el monopolio normativo del poder legislativo que se expresa a través de la Ley.

Las dificultades históricas de asentamiento de la potestad reglamentaria nacen de su difícil articulación con el paradigma, que alcanzó niveles de dogma, de la división de poderes. Según este último, la producción normativa correspondía al Parlamento mientras que al Gobierno y a la Administración sólo le incumbía la aplicación de aquélla. La situación evolucionó de modo distinto en los denominados sistemas francés y anglosajón. En el primero, a partir del principio “monárquico”, que se contrapone al “democrático”, se ha llegado a la formulación de un poder reglamentario general del Gobierno. En el segundo, que pretende, aunque sea formalmente, un mayor apego al principio de división de poderes, la potestad normativa (reglamentaria) del Poder Ejecutivo se ha construido mediante la técnica de la legislación delegada. Pero en uno y otro sistema existe unanimidad acerca de la absoluta necesidad de una potestad normativa de la Administración como técnica indispensable para el

gobierno de las complejas sociedades actuales.

Sin necesidad de extensas argumentaciones resulta patente que, en España, el fundamento de la potestad reglamentaria, como poder general de la Administración (sistema francés), deriva directamente de la Constitución de 1978 y, en concreto, de su artículo 97 según el cual el Gobierno “Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Dicho precepto remarca ya la nota esencial al Reglamento de su subordinación a la Ley, que, por otra parte, ratifican tanto el artículo 9.3 C.E., al garantizar el principio de jerarquía normativa, como el artículo 103.1, también de la Carta Magna, al establecer que la Administración pública actúa, tanto al dictar actos como al aprobar reglamentos, “con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho”.

Dos precisiones deben añadirse a lo hasta ahora expuesto: la primera supone que, al organizarse territorialmente el Estado en municipios, provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan (artículo 137 C.E.), gozando todos ellos de autonomía (artículo 140, 141 y 143 C.E.), todas las Administraciones territoriales disponen de potestad reglamentaria²; y la segunda resalta que, contrariamente a lo que ocurre con los actos administrativos, no todos los órganos de la Administración están investidos de la potestad reglamentaria. Habrá pues que analizarlo sintéticamente en relación a la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales:

- Administración del Estado.

El artículo 97 de la Constitución únicamente atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno que la ostenta, por lo tanto, con carácter general y sin necesidad de habilitación específica. Pero es indiscutible que la legislación ordinaria también la reconoce a los Ministros, si bien precisada de habilitación mediante Leyes específicas, caso a caso³, y al Presidente del Gobierno en materias organizativas relativas a la estructura del Gobierno⁴.

2.- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Ramón: Curso de derecho administrativo, tomo I, décima ed., pág. 190 a 192.

Se refieren, también, a la potestad reglamentaria de determinados órganos constitucionales (como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial) de las Universidades y de las denominadas Administraciones Independientes (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, entre otras, y el caso singular del Banco de España). Y añadimos que habría que sumar también la potestad reglamentaria que pudiera desarrollar la Administración Institucional o las llamadas Administraciones independientes en virtud de expresa habilitación legal. Pero es ésta una cuestión que excede del presente trabajo.

- Administración de las Comunidades Autónomas.

Como es sabido, la norma de cabecera de las Comunidades Autónomas es el Estatuto de Autonomía, que el artículo 147.1 C.E. califica como “norma institucional básica” y que forma parte, según la doctrina del Tribunal Constitucional, del denominado “bloque de la constitucionalidad”. Pues bien, todos los Estatutos de Autonomía atribuyen, con carácter general, la potestad reglamentaria a su respectivo Gobierno.

Para las Illes Balears, el Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero⁵, establece, en la redacción derivada de la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero, que el Gobierno tiene la potestad reglamentaria (artículos 33, 48 y 49.3). Es claro el paralelismo de dichas normas con el artículo 97 C.E., como lo es, también, el de la regulación relativa a los titulares de la potestad reglamentaria que, para las Illes Balears, se contiene en el artículo 38 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, que establece las siguientes reglas:

- Ratifica la atribución de la potestad reglamentaria, como poder general, al Gobierno.
- Admite la de los Consejeros, con carácter general, para regular la organización y el funcionamiento de los servicios de la Conselleria y, de modo específico, en las materias propias de su Departamento,

3.- Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1997.

Así resulta del artículo 12.2.a) (LOFAGE) que enumera entre las facultades del Ministro la de “ejercer la potestad reglamentaria en los términos previstos en la legislación específica”. Además, la propia LOFAGE les reconoce la potestad reglamentaria organizativa interna de su propio Ministerio (vide, por ejemplo, los artículos 10.2, 12.1, 12.2.b) y d)...)

4.- Así resulta del artículo 2.1.1 de la LOFAGE que reconoce al Presidente del Gobierno competencia propia para crear, modificar y suprimir los Departamentos Ministeriales y las Secretarías de Estado, mediante Real Decreto. Y así lo confirma el artículo 23.3 de la Ley de 23 de noviembre de 1997, LGO, cuando se refiere a los Reglamentos que aprueba mediante Real Decreto el Presidente del Gobierno.

5.- En el momento de la publicación del discurso de ingreso ya ha entrado en vigor la ley Orgánica 1/2007, de 27 de febrero, de Reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en cuyo artículo 70 se atribuyen directamente a los Consejos Insulares determinadas materias (2º), como competencias propias. Además, el artículo 721 establece que “En las competencias que son atribuidas como propias a los consejos insulares, éstos ejercen la potestad reglamentaria”. Se trata, sin duda, de un tema de enorme trascendencia que excede los limitados márgenes del presente discurso. Resta añadir que en relación a tales materias el gobierno de las Illes Balears, en virtud del artículo 58.3, podrá únicamente establecer los principios generales (una especie de reglamento de bases), garantizando el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejos insulares.

cuando lo autorice (caso a caso) una Ley o un Decreto del Gobierno⁶.

- La atribuye al Presidente de la Comunidad Autónoma sólo en los casos siguientes: para la creación y extinción de Consellerías, incluida la modificación de su denominación o de sus competencias; para establecer el régimen de suplencias de los Consellers y de la Secretaría del Consejo de Gobierno; y para cualquier otro supuesto previsto en una norma con rango de ley.

- Administración Local.

El artículo 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en la redacción derivada de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, ha reestructurado las potestades de que gozan las entidades locales, incluyendo la potestad reglamentaria, junto a la de autoorganización, en el epígrafe a) del apartado 1. La atribución de dicha potestad normativa descansa en la distinción entre entes locales necesarios, con expreso reconocimiento constitucional (Municipios, Provincias e Islas), y contingentes, sean inframunicipales (como las entidades locales menores) o supramunicipales (como las comarcas, las áreas metropolitanas o las mancomunidades de municipios). Las primeras tienen reconocida la potestad reglamentaria directamente por la Ley 7/1985, de 2 de abril (artículo 4.1.a). Para las segundas, hay que distinguir entre las entidades locales infra o supramunicipales cuyo reconocimiento de potestad reglamentaria deriva de las “leyes” (cualesquiera y no sólo la de Régimen Local) de las Comunidades Autónomas (artículo 4.2 de la Ley 7/1985) y las mancomunidades de municipios que la reciben de los Estatutos por los que se rijan y, en defecto de previsión estatutaria, la ostentan “siempre que sean precisas para el cumplimiento de su finalidad, de acuerdo con la legislación aplicable a cada una de dichas potestades” (artículo 4.3 de la Ley 7/1985).

En cuanto al órgano titular de la potestad reglamentaria, tras la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, hay que distinguir entre los municipios que cabría denominar “de régimen común” en los que

6.- Llama la atención que, contrariamente a lo que ocurre en la regulación estatal, la habilitación específica atributiva de potestad reglamentaria a los consejeros pueda provenir de un Decreto del Gobierno y no sólo de la Ley. Aunque, ciertamente, la Orden del Conseller desarrollará y completará, normalmente, el Decreto del Gobierno habilitante, podría pensarse que se produce un cierto traslado del ejercicio de la competencia reglamentaria que podría vulnerar la taxativa (“En ningún caso...”) prohibición de delegación de competencias para “la adopción de disposiciones de carácter general”, contenida en el art. 13.2.b). A nuestro juicio no hay tal, ya que es la propia Ley (art. 38.2.b) de la Ley Balear 4/2001) la que efectúa la atribución originaria de la potestad reglamentaria en los términos expuestos.

corresponde al Pleno “la aprobación del Reglamento Orgánico y de las ordenanzas” (artículo 22.1.d), sin posibilidad de delegación (artículo 22.4) y los municipios de gran población⁷ (artículos 121 a 138 que constituyen el nuevo Título X de la Ley 7/1985, tras la Ley 57/2003), en los que hay que diferenciar, por un lado, los reglamentos de naturaleza orgánica destinados a regular las materias contenidas en el artículo 123.1.c) (el Pleno, el Consejo Social de la ciudad, la Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones, el órgano de resolución de reclamaciones económico-administrativas, los órganos complementarios, la división en distritos y los niveles esenciales de organización municipal en grandes áreas de gobierno y los procedimientos de participación ciudadana), para los que se exige aprobación del Pleno mediante el quórum reforzado de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (artículo 132), siendo indelegable (artículo 123.3 “a contrario sensu”); y, por otro, las ordenanzas y reglamentos (no orgánicos) municipales, cuya aprobación corresponde al pleno (artículo 123.1.d), por mayoría simple (artículo 123.2), pero para los que admite, separándose aparentemente de la prohibición contenida en el artículo 13.2.b) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común, la posibilidad de delegación en las Comisiones integrantes del Pleno, con respeto a su proporcionalidad (artículos 123.3, en relación al 122.3, párrafo segundo y 4 de la Ley 7/1985)⁸.

2.- Su distinción con el acto administrativo y otras figuras afines.

Tradicionalmente se ha considerado que el Reglamento se distinguía de los actos administrativos en sentido estricto⁹ por la nota de la generalidad¹⁰, sin embargo hoy podría hablarse de unanimidad doctrinal acerca de que el

7.- Comprende, según el art. 121 de la Ley 7/1985, necesariamente, los municipios de más de 250.000 habitantes y las capitales de provincia que superen los 175.000 habitantes y, si así lo acuerdan las Asambleas Legislativas autonómicas, a instancias de los respectivos Ayuntamientos, los municipios que sean capitales de provincia y no alcancen el techo poblacional citado, las capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y los municipios que superen los 75.000 habitantes y presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales.

8.- La aludida separación del art. 13.2.b) de la Ley 30/1992 resulta particularmente atenuada si se tiene en cuenta que la “delegación” se produce a favor de las Comisiones integrantes del Pleno, que constituyen una forma de autoorganización de este último, de modo que, más que de delegación en un órgano “distinto”, cabría hablar de aprobación por el propio Pleno mediante una Comisión integrante del mismo.

9.- Aunque la mayoría de la doctrina (en particular toda la denominada escuela de García de Enterría) sostiene la diferencia sustancial entre reglamento y acto administrativo, existen autores (por ejemplo, Entrena Cuesta, Garrido Falla y Boquera Oliver) que estiman que el

dato esencial que caracteriza a las disposiciones reglamentarias, frente a los actos administrativos, consiste en la vocación de aquéllas para incorporarse al ordenamiento jurídico, de modo que su aplicación no agota su eficacia futura sino que la refuerza.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1995 (Aranz. 6701/1995) estima que el contenido del reglamento se caracteriza, frente al acto administrativo, por que:

“El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de «generalidad» y «carácter abstracto» que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general («Tu, legem patere quem ipse fecisti»), como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administración del Estado de 26 de julio de 1957 –hoy, el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, a cuyo tenor, «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas», –hoy, se refiere a que «...tengan igual o superior rango (en vez de grado) a éstas»¹¹.

Corolario ineludible de lo expuesto será que la forma adoptada (decreto

reglamento no es más que un acto administrativo general y normativo frente a los singulares y aplicativos de la norma, lo que trasciende a sus consecuencias en caso de ilegalidad: siempre nulidad de pleno derecho (art. 62.2 y 102.2 de la Ley 30/1992) de los reglamentos ilegales, para los primeros; y posible anulabilidad, en particular para determinados vicios del procedimiento de elaboración, para los segundos..

10.- El artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se refiere todavía a “... las disposiciones generales de rango inferior a la Ley...”. Idéntica expresión utiliza también el art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 1 de julio, una vez superada la redacción inicial que se refería (a nuestro juicio con mayor propiedad) a “disposiciones reglamentarias”.

11.- En el mismo sentido, y siempre destacando la nota de integración en el ordenamiento jurídico como propia de los Reglamentos, pueden citarse, entre otras, las sentencias del

o resolución, por ejemplo) no sea decisiva para concluir si estamos en presencia o no de una disposición reglamentaria. Contrariamente, habrá que atender a su contenido para analizar si se integra en el ordenamiento jurídico, innovándolo, o si, en cambio, supone sólo aplicación al caso de dicho ordenamiento.¹²

A este respecto conviene precisar que existen actos administrativos que tienen por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas (vide el artículo 59.6.a) de la Ley 30/1992) y que siempre tendrán esta naturaleza los “actos” que aprueban las bases y la convocatoria de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, particularmente en materia de contratación o de personal¹³. Todos ellos constituyen aplicación del ordenamiento jurídico, sin vocación de incorporación al mismo con

Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1975 (Aranz. 3615), 17 de enero de 1977 (Aranz. 148), 25 de febrero de 1980 (Aranz. 1055), 20 de mayo de 1981 (Aranz. 2109), 22 de octubre de 1984 (Aranz. 5138) y 21 de marzo de 1986 (Aranz. 2321). Esta última enseña que “... el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto, y, por el contrario, la norma con su cumplimiento no se agota, y, por otro lado el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general –referido a una pluralidad indeterminada de sujetos– es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental se integra en el Ordenamiento...” y añade que “...las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran con mayor o menor rango en el ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada”.

12.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Illes Balears nº 46, de 25 de enero de 2005, con pleno acierto, a nuestro juicio, determina que el Decreto del Gobierno Balear que fija, dentro del marco legal, el número de domingos y festivos en que podrán permanecer abiertos los establecimientos comerciales de las Illes Balears, tiene un contenido normativo, que se integra en el ordenamiento jurídico, aunque su vigencia temporal se limite a un año; mientras que la Orden del Conseller de Comercio, Industria y Energía, que concreta cuáles sean dichos domingos y festivos, dentro del número prefijado, constituye simple acto administrativo de aplicación del ordenamiento. La consecuencia que extrae es la de que el primero debe someterse al procedimiento de elaboración de disposiciones generales, incluyendo el dictamen preceptivo del Consell Consultiu, mientras que el segundo no.

13.- La aprobación de las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas tiene, en cambio, naturaleza normativa puesto que los datos que contienen se incorporan al ordenamiento jurídico con vocación de permanencia. Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, la sentencia del TS de 1 de octubre de 2001 (Aranz. 8257/2001) y las múltiples anteriores que en la misma se citan. No obstante, en otras sentencias del TS, como las de 8 de enero de 2002 (Aranz. 2047/2002) y de 3 de marzo de 1995 (Aranz. 2305/1995), se matiza que “... el Tribunal Supremo ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puesto de trabajo... dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, al tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos...”

estabilidad y permanencia. En cambio, en materia de subvenciones, tanto la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre¹⁴, como la legislación autonómica balear contenida, hoy, en el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre¹⁵, articulan un sistema en virtud del cual las bases tienen auténtica naturaleza normativa y las respectivas convocatorias constituyen actos de aplicación.

Tampoco resulta decisivo que se haya sometido o no al procedimiento de elaboración de disposiciones generales¹⁶. Ciertamente, la utilización de dicho procedimiento es expresión de que el Gobierno (o el Ministro o Consejero) pretende ejercer la potestad reglamentaria y aprobar una disposición de carácter general, pero no es menos cierto, aunque excepcional, que, en virtud de los criterios expuestos, lo aprobado puede no tener contenido normativo innovador del ordenamiento jurídico. Mayor relevancia para nuestro estudio debe atribuirse a la existencia de auténticas normas de carácter reglamentario que no se someten, en cambio, al procedimiento general de elaboración de disposiciones generales. Nos estamos refiriendo a las múltiples manifestaciones de la potestad de planeamiento que no se limitan a la aplicación del ordenamiento sino que se incorporan a éste como último escalón concretizador, tras la ley y, en su caso, el reglamento. Y es claro que dichos instrumentos de planeamiento se tramitan y aprueban mediante procedimiento específico distinto del de elaboración de disposiciones generales, pero lo es también que su contenido puede ser propiamente normativo. Así puede ocurrir con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales o los Planes Rectores de Uso y Gestión en materia medioambiental y de espacios naturales protegidos, o con los variados instrumentos de ordenación territorial (Planes Territoriales Insulares o Planes Directores Sectoriales, por ejemplo) y, singularmente, con los distintos tipos de planes urbanísticos. El examen de la jurisprudencia del

14.- El artículo 9.2 de la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece que “Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, se han de aprobar las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos que establece esta Ley”.

15.- El Decreto-Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre ha refundido las anteriores Leyes 5/2002, de 21 de junio, de Subvenciones y 6/2004, de 23 de diciembre, de modificación de la anterior para adaptación a la normativa básica estatal contenida en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. En el artículo 10.1 de la Ley 5/2002 y, hoy, en el artículo 12.1 del Decreto-Legislativo 2/2005, se dispone que “No es pot iniciar el procediment de concessió de subvencions sense que el conseller competent n’hagi establert prèviament per ordre, en ús de la potestad reglamentària, les bases reguladores corresponents...”

16.- Regulado para la Administración del Estado en el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y para la de las Illes Balears en los arts. 42 a 47 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.

Tribunal Supremo evidencia que los recursos indirectos contra reglamentos y las cuestiones de ilegalidad que han tenido por objeto planes urbanísticos resultan muy numerosos.

En el ámbito de las Administraciones locales, ya hemos anticipado que el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante la aprobación de ordenanzas y reglamentos, corresponde al Pleno. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado sistemáticamente que los bandos de los Alcaldes puedan ser expresión de la potestad reglamentaria. Así resulta, por ejemplo, de la sentencia del TS de 23 de octubre de 2002 (La ley, de 25 de noviembre de 2002, nº 8003), o, de la más reciente, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), de 6 de junio de 2005 –La ley, nº 2125/2005–. La primera de ellas señala que:

“... los bandos tienen por objeto determinar cuestiones de tono menor y carácter instrumental, como pueden ser las relativas a la fijación de los lugares en los que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones o las meramente complementarias, acordadas para la mera ejecución de la normativa fijada por las ordenanzas propiamente dichas, u otras disposiciones de rango superior. O también, que a través de los mismos pueden adoptarse las medidas necesarias urgentes para prevenir o paliar daños provenientes de las catástrofes o infortunios e incluso a plasmar los acuerdos que una habilitación legal explícita permita que puedan materializarse a través de este tipo de resolución. Ahora bien, lo que no es admisible es un bando como el analizado en autos, que no se limita a refundir o instrumentar la ejecución de normas reglamentarias, sino a regular auténticamente, con vocación de permanencia, la circulación, carga, descarga y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías en el término municipal estableciendo prohibiciones, tipificando infracciones y previendo la imposición de sanciones por su incumplimiento. Por tanto, reúne las condiciones de generalidad, estabilidad y fijación de derechos y obligaciones para los administrados que son características de las normas reglamentarias, por lo que su aprobación era competencia exclusiva del pleno del Ayuntamiento...”¹⁷

Para cerrar el breve recorrido encaminado a distinguir el reglamento de distintas figuras afines, debemos referirnos a las Instrucciones y Ordenes de Servicio que regula el artículo 21 de la Ley 30/1992, así como el artículo, también 21, de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la

17.- La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo abiertamente, con matización del principio de reserva de ley en materia sancionadora (art. 25 C.E.), la participación de las ordenanzas y reglamentos locales en la delimitación de infracciones y fijación de sanciones –vide, por todas, la sentencia TS de 29 de septiembre de 2003–. Dicha solución ha encontrado eco definitivo en las leyes 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido y 27/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local.

Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que, junto a las anteriores, alude también a las Circulares. La Ley balear, en los apartados 2, 3 y 4 del artículo citado, define cada uno de los conceptos, estableciendo sus diferencias¹⁸. En principio, las Instrucciones, Circulares y Ordenes de Servicio no constituyen una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria sino de la jerarquía administrativa. Sin embargo, a veces, bajo la forma de aquéllas, y, en particular, de las dos primeras, se esconden auténticas normas jurídicas emanadas de la Administración, lo que las configura como verdaderos reglamentos. En este sentido cabe citar la sentencia del T.C. de 5 de octubre de 1992 que reconoce naturaleza reglamentaria a las Circulares del Banco de España o, entre otras, la sentencia del T.S, de 27 de noviembre de 1989 (Aranz. 8327/1989) que confirma que, a pesar de su denominación, una Circular del Instituto Nacional de la Salud, por su contenido, “... entra de lleno en campos que requerirían su regulación mediante norma del rango adecuado...”, ratificando, en definitiva, su naturaleza reglamentaria.

3.- Inaplicación e impugnación de los reglamentos ilegales.

El control de la posible ilegalidad de los reglamentos puede realizarse por dos vías: de modo difuso, mediante la inaplicación y de manera directa, a través de la impugnación y anulación.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece, con particular rotundidad, que “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”. Dicha regla trae causa del artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 que ya estableció, para los Jueces y Tribunales de cualquier orden, la obligación de inaplicar los reglamentos ilegales, y, además, resulta coherente con el artículo 117.1 de la Constitución según el cual están “... sometidos únicamente al imperio de la ley”. La técnica de la

18.- En concreto, el apartado 2 del artículo 21 de la Ley balear 3/2003, señala que “Tenen la consideració d'instruccions aquelles regles internes adreçades a establir pautes o criteris d'actuació, per les quals s'han de regir, en general, els òrgans i les unitats administratives dependent, o aquells que les han d'aplicar per raó de la matèria o les tasques que desenvolupen”; el apartado 3 dispone que “Són circulars aquelles pautes d'actuació interna dictades pels òrgans superiors o directius i encaminades a recordar l'aplicació de determinades disposicions legals o a unificar criteris d'interpretació d'aquestes, amb la finalitat d'aplicar-ne en l'àmbit de l'actuació administrativa una interpretació homogènia”; y el apartado 4 añade que “Les ordres de servei són mandats específics dictats per qualsevol òrgan de l'Administració que s'adrecen a un òrgan jeràrquicament inferior per a un supòsit determinat”.

inaplicación por todos los órdenes jurisdiccionales¹⁹ constituye lo que se ha denominado control difuso de la legalidad de los reglamentos. Es obvio que a las jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa les está vedado el enjuiciamiento, con la consiguiente posibilidad anulatoria, de la legalidad de los reglamentos.

La impugnación de los reglamentos y la posible anulación de los mismos sólo puede residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así resulta del artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de los artículos 1.1 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al incluir en su ámbito las pretensiones que se deduzcan en relación “...con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.”

Dos cuestiones despiertan nuestro interés en las relaciones entre la inaplicación por todos los órdenes jurisdiccionales de los reglamentos ilegales y la impugnación y posible anulación de los mismos por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- a) La primera consiste en advertir que, por regla general, cuando en un sistema judicial se superpone al control difuso (inaplicación) un control directo (impugnación y posible anulación), aquél tiende a desaparecer o a supeditarse al segundo.

A este respecto cabe anotar que en los países que han pasado de un control difuso de la constitucionalidad de las leyes a un enjuiciamiento de las mismas por un Tribunal Constitucional, el control difuso desaparece. Ciertamente se podría aducir, para el mantenimiento del control difuso de la legalidad de los reglamentos, que el artículo 117.1º C.E. somete únicamente a los Jueces y Tribunales “... al imperio de la Ley”. Pero inmediatamente habría que anotar que la propia Constitución prevé, en su artículo 153.c) que “El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

19.- La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de diciembre de 1992 (Aranz. 10368) se plantea, aunque descarta, la inaplicación del artículo 4.d) del R.D. 2104/1984 por pretendida vulneración del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, y la de 23 de septiembre de 1999 (Aranz. 7487) inaplica el R.D. 1647/1997, de 31 de octubre, por no ajustarse al principio de jerarquía normativa.

De igual modo, por ejemplo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de marzo de 1996 (Aranz. 2241) analiza y confirma un supuesto en el que el Tribunal “a quo” ha inaplicado el R.D. de 29 de agosto de 1986 por contradecir el art. 3 de la Ley de 16 de Diciembre de 1954; y la de 10 de mayo de 1999 (Aranz. 2886) inaplica el art. 16 del Reglamento Hipotecario por estimar que vulnera el art. 369 del Código Civil y los arts. 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

(...) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias”. Y que el control de los reglamentos de las demás Administraciones Públicas, aunque no esté constitucionalizado, deriva de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 9.4), que forma parte del denominado “bloque de la constitucionalidad”, por aplicación del artículo 122.1º C.E.

- b)** La segunda pone en relación el juicio impugnatorio efectuado por la jurisdicción contencioso administrativa sobre los reglamentos ilegales y la posibilidad de inaplicación por los demás órdenes jurisdiccionales. Es obvio que la anulación de un reglamento (total o parcialmente) por la jurisdicción contencioso-administrativa, sea en recurso directo o indirecto o mediante cuestión de ilegalidad, supone su expulsión del ordenamiento jurídico y elimina la posibilidad de inaplicación por los demás órdenes jurisdiccionales. A nuestro juicio el mismo efecto debe producirse si la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa es favorable a la legalidad del reglamento enjuiciado, ya que dicho control, efectuado por la jurisdicción competente para enjuiciar y anular, se impone (en tanto exista coincidencia material en el ámbito de juicio) a la obligación de inaplicación dirigida a las demás jurisdicciones. Y ello por la sencilla razón de que dicha obligación sólo alcanza a los reglamentos “ilegales” (por contradecir la Constitución, la ley o el principio de jerarquía normativa), pero no a los que, total o parcialmente, han sido declarados legales²⁰.

Resta añadir que el control de las disposiciones reglamentarias atribuido a la jurisdicción contencioso-administrativa se proyecta sobre todas ellas, sin la exigencia, que sí se produce para la actuación administrativa, de que esté “sujeta al Derecho Administrativo” (vide, artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Ello es así, porque las disposiciones reglamentarias, cualquiera sea su contenido (civil, mercantil, social, penal, etc.), siempre están sujetas al Derecho Administrativo, pues es únicamente tal rama del Derecho la que se ocupa del procedimiento y la competencia para su

20.- A nuestro juicio, el sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales mejoraría si la cuestión de ilegalidad que regulan los artículos 27 y 123 a 126 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se impusiera en todos los casos en que cualquier orden jurisdiccional, en aplicación del art. 6 L.O.P.J., inaplique un reglamento por considerarlo ilegal. Es claro que se produciría un incremento importante de la carga de trabajo de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero lo es también que aumentaría la seguridad jurídica y que se evitarían los efectos perjudiciales y perturbadores que fundamentaron la introducción de la cuestión de ilegalidad en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Al menos, la cuestión de ilegalidad debería desvincularse del recurso indirecto contra reglamentos e imponerse siempre que la jurisdicción contencioso-administrativa, por cualquiera causa, inaplique un reglamento por considerarlo ilegal.

elaboración. Por ello, el control jurisdiccional (impugnación) de las disposiciones reglamentarias, con independencia de la materia que regulen, corresponderá siempre al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (vide, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1991 –Aranz. 4961–).

III

LOS ANTECEDENTES DEL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS POR PARTE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1.- Los anteriores a la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Hemos destacado ya que la primera manifestación del control de los reglamentos se contuvo, mediante la técnica de la inaplicación dirigida a todos los órdenes jurisdiccionales, en el artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial, de 1870. Esta regla pasó a la primera regulación propiamente dicha de una jurisdicción especial dedicada al control de la actuación administrativa, cual fue la Ley de 13 de septiembre de 1888 y así se mantuvo en las sucesivas Leyes de modificación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 22 de junio de 1894, de 5 de abril de 1904 y de 8 de febrero de 1952. Ninguna de ellas superó la técnica de la mera inaplicación de reglamentos ilegales, ni llegó a establecer la posibilidad de su enjuiciamiento directo, como objeto del proceso, con el consiguiente efecto de control anulatorio.²¹

Desde el artículo 3 de la Ley de 22 de junio de 1894, como supuesto de inaplicación, se contenía un claro precedente de lo que hoy denominamos –impropiamente, como veremos– “recurso indirecto contra reglamentos”, al establecer que “el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una Ley cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la Ley en la cual se originaron dichos derechos”.

La jurisprudencia, de manera unánime²², resaltó que las disposiciones

21.- El problema del control de las normas reglamentarias se remonta al origen mismo de lo contencioso-administrativo, tal y como recuerda detalladamente Francisco Caamaño (1994) “El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias”, Madrid, CEC, págs. 48-61.

22.- Por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1900, 10 de enero y 23 de octubre de 1901 y 16 de abril de 1907.

de carácter general no eran recurribles en vía contencioso-administrativa mientras no hubieran sido concretamente aplicadas al recurrente por otra resolución de la Administración de las que causen estado. La imposibilidad de control directo de los reglamentos, que caracteriza la etapa que examinamos, derivaba del criterio de la época acerca de la división de poderes y, especialmente, de la exclusión del ámbito de la discrecionalidad –de la que era claro ejemplo el ejercicio de la potestad reglamentaria– del control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, rígidamente revisora de los actos reglados.

2.- La situación en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

La principal novedad de la Ley de 17 de diciembre de 1956, entre las muchas que incluyó, fue sin duda la admisión de recurso directo contra las disposiciones generales. El apartado IV.3 de su importante Exposición de Motivos lo expresó en los siguientes términos:

“Así, la Ley admite expresamente la impugnación directa de las disposiciones generales que infringieren otras de superior jerarquía. Bien entendido que el no ejercicio de la facultad de impugnación directa no obstará el recurso frente a los actos que se dictaren en aplicación de las disposiciones, fundado en que éstas no son conformes a Derecho; sin que sea exigible, al interponer y formalizar el recurso contra el acto individual declarar formalmente recurridas las normas que aplique.

Realmente carecía de sentido excluir de la impugnación jurisdiccional las disposiciones que dictare la Administración en cualquiera de sus grados. Pues si, en la mayoría de los casos, el recurso indirecto previsto en la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo constituye garantía suficiente de los derechos e intereses de las personas afectadas, al hacer posible la impugnación de los actos en que se individualice la disposición general, no lo es, en cambio, para salvaguardar el principio de jerarquía de fuentes, básico en la organización del Estado...”.

En coherencia con lo expuesto, el artículo 39 de la Ley Jurisdiccional de 1956 contempló, por un lado, el recurso directo contra las disposiciones generales²³ y, por otro, reiteró la posibilidad, ya contemplada en Leyes

23.- El artículo 39.1 dispuso que “Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente (y publicadas, añadimos nosotros) en vía administrativa”; y el apartado 3 del propio artículo previó que “... serán asimismo impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual”.

anteriores, de impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las disposiciones generales, fundada en que las mismas no eran conformes a Derecho.²⁴

La regulación se completaba con la supeditación del recurso directo al plazo general de impugnación de dos meses desde la publicación de la disposición general y con el establecimiento de una legitimación específica que el artículo 28.1.b) atribuía a las "... Entidades (que) ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos...".

En el recurso directo el objeto del proceso y la pretensión es la anulación del reglamento. En el denominado recurso indirecto, en cambio, el objeto del proceso y la pretensión es sólo la anulación del acto aplicativo. La ilegalidad de la disposición general se reconduce al ámbito de los "motivos" alegados para la anulación del acto, de manera que, al no poder alcanzar, en ningún caso, la anulación de la disposición general, era necesario concluir que, en cuanto a esta última, estábamos ante un supuesto de mera inaplicación al caso del reglamento considerado ilegal. Y ello era así, aún en el supuesto de que el órgano jurisdiccional que conociera del asunto, sea en instancia o en vía de recurso, fuera también competente para conocer de la anulación del reglamento. Sin duda se estimó que el objeto del proceso y la pretensión (sólo el acto aplicativo) constituían límites infranqueables de la jurisdicción ("Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas...", dice el artículo 33.1 de la vigente Ley 29/1998 y decía el artículo 43.1 de la Ley de 1956).

Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1996 y 1 de febrero de 1999, con cita, entre otras muchas, de las de 11 de febrero y 6 y 27 de marzo de 1995 resumieron la jurisprudencia sobre la cuestión afirmando que:

"Como tantas y tantas veces ha repetido esta Sala, la sentencia de 14 de noviembre de 1987 ... no anuló el Real Decreto 2950/1979, porque no podía anularlo. Dicha sentencia recayó en un recurso de apelación... contra sentencia de la Audiencia Nacional, que anuló unas liquidaciones dictadas en aplicación de dicho Real Decreto, por entender que tal disposición era nula por falta de dictamen del Consejo de Estado; la sentencia de la Audiencia

24.- Decía el art. 39.2 que "También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho"; y añadía el apartado 4 del mismo artículo que "La falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual, fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2".

nacional no anuló el Real Decreto porque no tenía competencia para anularlo. Y esta Sala tampoco lo anuló, porque lo que se interpuso en primera instancia fue un recurso indirecto, al amparo del artículo 39, párrafos 2 y 4, de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en ese recurso indirecto, es evidente que no se podía anular un Real Decreto”.

En la doctrina, en cambio, se produjeron posiciones encontradas. Eduardo García de Enterría defendió en todo momento que “la anulación general de los Reglamentos ilegales con ocasión de la anulación de uno de sus actos aplicativos es, en resolución, una facultad judicial no sólo justificada, sino debida, en servicio de los valores superiores del ordenamiento que son la justicia, la libertad y la igualdad. Los tres postulan, más el de la tutela judicial plenaria, cumulativamente, la misma solución positiva”²⁵. En particular, si el órgano jurisdiccional que conoce la cuestión resulta competente para conocer de la anulación del Reglamento aplicado por el acto impugnado. No obstante, Jesús González Pérez llama la atención acerca de que dicha anulación ”... podría suponer una contravención del principio de tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto se produciría sin las más elementales garantías de defensa respecto de todos aquéllos cuyos intereses e incluso derechos pudieran resultar afectados por la declaración de nulidad de la disposición reglamentaria, al no haber tenido la oportunidad de personarse en el proceso y defender la disposición impugnada, aunque hubieran tenido ocasión de tener conocimiento del anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo, ya que en el anuncio constará únicamente el acto concreto de aplicación, sin referencia alguna a la disposición general aplicada. No puede, por tanto, sin más –sin estructurar un adecuado sistema de garantías en cuanto a emplazamiento y anuncio de la impugnación– ampliarse las potestades del Tribunal.”²⁶

La situación descrita, derivada de la Ley de 1956, resultaba insatisfactoria para colmar la necesidad de control judicial de los

25.- Es la conclusión de su trabajo “La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación” (Civitas, Revista Española de derecho Administrativo, nº 66, abril-junio, 1990, pág. 279 a 291), elaborado con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional nos. 32/1990, de 26 de febrero y 61/1990, de 29 de marzo, que no sólo otorgan el amparo solicitado sino que anulan, respectivamente, el art. 3.1.a) del R.D. 1256/1986, de 13 de junio, y el art. 12 de la Orden de 20 de enero de 1981. Reitera con ello lo que ya sostuvo en su libro “Legislación delegada, potestad reglamentaria con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”, Tecnos, Madrid, 1970, págs. 24 y ss. y lo que siempre ha mantenido en las sucesivas ediciones de su Curso de Derecho Administrativo (en colaboración con Tomás Ramón Fernández).

26.- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 1994, pág. 556.

reglamentos ilegales. En cuanto al recurso directo, por la brevedad del plazo establecido para su impugnación (dos meses) y por la limitación de la legitimación activa para ejercerlo (si bien una pronta jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya suprimió dicha limitación, exigiendo únicamente la legitimación general basada en ostentar un derecho o interés legítimo –STC 60/1982–); y en cuanto al denominado recurso indirecto, porque no se alcanzaba, en ningún caso, la anulación del reglamento que podía ser, reiteradamente, aplicado de nuevo (a pesar de la consideración de su ilegalidad por parte de un órgano jurisdiccional competente o no para anularlo), con la posibilidad evidente de dar lugar a sentencias contradictorias y grave riesgo para el principio de seguridad jurídica.

Con lo expuesto, se perfilan ya cuales debían ser las líneas para una adecuada solución de la problemática planteada. En primer lugar, parecía adecuada la incorporación a la Ley Jurisdiccional de la regla consistente en que el órgano jurisdiccional que estime un recurso indirecto deberá acordar, también, la anulación del reglamento ilegal, siempre que dicho órgano ostente competencia para ello. Y ello tanto si conoce en primera o única instancia o en vía de recurso. Esta última afirmación nos conduce a que debería arbitrarse un régimen de recursos, en los supuestos de recursos indirectos, que permitieran residenciar el conocimiento de aquéllos ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso directo contra la norma cuestionada.

Pero, aún en el caso de que se cumpliera íntegramente lo anterior, podría producirse que los recursos pertinentes, para hacer llegar el caso ante el órgano jurisdiccional competente para la anulación del reglamento, no llegaran a interponerse. Para tal supuesto, y con carácter claramente residual, sería necesario articular el modo de hacer llegar el conocimiento de dicho asunto a aquél órgano, lo que podría realizarse con posterioridad a la firmeza de la sentencia que estima el recurso indirecto (sin efecto sobre lo fallado, como ocurre en el recurso en interés de ley) o con anterioridad a la misma (con efecto suspensivo de dictar sentencia, de modo análogo a lo que sucede en caso de cuestión de inconstitucionalidad).

3.- Los antecedentes inmediatos de la regulación actual.

Tras sucesivos intentos de nueva regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, largamente esperada, se alcanzó el anteproyecto de 1995, preparado por una Comisión presidida por el profesor Jesús Leguina Villa que articulaba la denominada cuestión de ilegalidad como un incidente prejudicial y suspensivo del procedimiento.²⁷ La similitud

27.- En concreto, el art. 26.1 del Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Ad

con la cuestión de inconstitucionalidad era evidente. El informe del Consejo General del Poder Judicial discrepaba de la solución alcanzada, por cuanto no le parecía justificado el efecto dilatorio del proceso que se produciría, además de apuntar la posible contradicción con el artículo 39.4 de la Ley Jurisdiccional de 1956, si se otorgaba carácter vinculante al pronunciamiento derivado de la cuestión de ilegalidad, amén de que podría suscitar problemas de coherencia y compatibilidad con el mandato del artículo 6 de la L.O.P.J.. Las conclusiones del Seminario de La Magdalena señalaban que "... la cuestión de ilegalidad prevista en el Proyecto de 1995 es una innovación que plantea muchos problemas y alarga innecesariamente los procesos. En el supuesto del recurso indirecto contra reglamentos sería preferible que la ley se limitara a precisar que el Tribunal sentenciador, si tiene competencia para ello, declarase la nulidad del precepto reglamentario controvertido previo emplazamiento de la Administración autora de la disposición"²⁸. En cualquier caso, el Proyecto de Ley de 1995 caducó por efecto de la disolución de las Cortes Generales.

El posterior Proyecto de Ley de 1997 abandonó la configuración de la cuestión de ilegalidad, como suspensiva del proceso y previa a la sentencia y optó por introducir la regla de que, si el tribunal sentenciador, en cualquier grado, era, también, competente para conocer el recurso directo, debía, además del acto, anular, también, la norma reglamentaria controvertida (y el Tribunal Supremo, en todo caso). Además, reguló la cuestión de ilegalidad como procedimiento especial a tramitar, ante el órgano jurisdiccional competente para anular el reglamento, con posterioridad a la firmeza de la sentencia que anulaba el acto impugnado, por considerar ilegal la norma en que se fundaba, que ya no podría ver alterado su contenido, ni siquiera por la eventual discrepancia acerca de la legalidad del reglamento, manifestada por la sentencia que resuelve el procedimiento especial en que la cuestión de ilegalidad consiste. Conviene, por último, anotar que durante la tramitación del Proyecto de Ley de 1997, el grupo parlamentario de Izquierda Unida (enmienda nº 110) pretendió sin éxito que se volviera a la configuración de la cuestión de ilegalidad prevista en el Proyecto de Ley de 1995 .

ministrativa de 1995, establecía que "Cuando un Juez o Tribunal de lo contencioso-administrativo considere, de oficio o a instancia de parte, que el contenido de una disposición general aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contrario al ordenamiento jurídico y carezca de competencia para conocer el recurso directo contra la misma, planteará la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para el conocimiento de este recurso en los términos establecidos en esta Ley".

28.- Seminario de La Magdalena, dirigido por los profesores, García de Enterría, Ramón Fernández, Martín Rebollo y Bocanegra Sierra, y cuyas conclusiones fueron publicadas en "Actualidad Jurídica" Aranzadi, año VI, nº 68, de 7 de noviembre de 1996.

Así fue como se llegó a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se publicó en el BOE del día siguiente y que incorporaba la cuestión de ilegalidad en los términos sumariamente expuestos.

IV LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO

La Exposición de Motivos, consciente de las disfunciones que la normativa anterior producía, señala, en su epígrafe V, que:

“La nueva Ley asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Ahora bien, al mismo tiempo procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas.

Este criterio se plasma, entre otras muchas reglas de detalle, en el tratamiento procesal que se da al denominado recurso indirecto.

(...) La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esta decisión de efectos “erga omnes”. De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la ley introduce la cuestión de ilegalidad.

(...) La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez...”

1.- El mantenimiento del recurso directo y del denominado recurso indirecto.

La regulación normativa refleja lo expuesto anteriormente acerca de los recursos directo e indirecto de las disposiciones generales, y en tal sentido,

el artículo 26 de la Ley 29/1998 dispone que “Además de la impugnación directa²⁹ 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”³⁰ y añade que “La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”.

Dos precisiones parecen oportunas: la primera la hemos anticipado ya y consiste en lo inapropiado de la denominación “recurso indirecto contra reglamentos”, ya que el objeto del proceso y la pretensión se limitan al acto aplicativo impugnado, de modo que el reglamento no se “recurre”, ni siquiera de manera indirecta; la segunda, de mayor enjundia, se refiere a la relación entre la impugnación directa y la denominada indirecta y a la aplicación del principio de cosa juzgada. A nuestro juicio, el artículo 26.2 contiene básicamente, una regla de legitimación (“...no impiden la impugnación...”)³¹, pero no pretende constituir una excepción al principio

29.- Por lo que se refiere a la vía administrativa previa, el artículo 107.3, apartado 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece con rotundidad que “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

30.- En la vía administrativa previa, con evidente similitud con el denominado recurso indirecto, el artículo 107.3, apartado 2, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el denominado recurso “per saltum” según el cual “Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición”. Son varias las cuestiones que dicha regla plantea: la primera deriva de la interpretación sistemática del artículo 107, en su conjunto, y permite concluir que resulta aplicable en los recursos de alzada y potestativo de reposición; la segunda conlleva que su aplicación debe entenderse limitada al ámbito de una misma Administración, ya que de otro modo podría verse comprometido el principio de “autonomía respectiva” (vide art. 137 C.E.) acerca de la decisión a adoptar por la Administración que ha dictado el acto impugnado. Conviene recordar que lo impugnado es el acto y que frente a la disposición general no cabe recurso administrativo; y la tercera supone, en concordancia con lo expuesto, que el criterio favorable a la ilegalidad del reglamento, por parte de quien lo ha dictado, debe suponer la anulación del acto, por inaplicación del reglamento, y la modificación o derogación de la norma o precepto por parte de quien lo dictó, pero no la anulación del reglamento, que ni fue impugnado ni puede serlo en vía administrativa.

31.- La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2002 (Aranz. 9380/2002) sienta, en la interpretación del art. 26.2 de la Ley 29/1998 la siguiente doctrina:

“1.- No cabe confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (lo que es un auténtico recurso directo contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación con base en la ilegalidad de aquélla; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino sólo como un motivo de impugnación del acto).

general de cosa juzgada, de modo que quepa inaplicar, en el denominado recurso indirecto, un precepto o una disposición considerado legal mediante sentencia firme que resuelve un recurso directo contra el mismo o separarse, al resolver el procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad, de la sentencia firme que lo consideró legal en un previo recurso directo contra el mismo.³²

Teniendo en cuenta el principio de cosa juzgada, José María Boquera Oliver³³ sostiene que:

- a) cuando existe una sentencia firme que ha declarado legal a una disposición, ésta no puede inaplicarse por ilegal al impugnarse un acto concreto que se acomoda a ella;
- b) cuando una sentencia ha declarado ilegal una disposición por una habitualmente llamado vicio de forma, ésta desaparece y tampoco es posible inaplicarla, pues el Juez debe declarar que no existe;
- c) cuando una sentencia sólo ha declarado legales unos preceptos de la disposición, los restantes pueden inaplicarse si los Jueces o Tribunales los consideran ilegales. A éste único supuesto se refiere únicamente el artículo 26.2 de la L.J.C.A.”.

A nuestro juicio, las conclusiones anteriores de inaplicación no sólo resultan aplicables a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa al conocer de los denominados recursos indirectos, sino a todos los órdenes jurisdiccionales en situación de inaplicación de reglamentos considerados ilegales, por la vía del artículo 6 de la L.O.P.J. Dicha

2.- Por esa razón no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad ha de fundarse, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición...

3.- El argumento del Ayuntamiento recurrente de que la posibilidad de la impugnación indirecta sólo la tienen las terceras personas que no hubieran utilizado previamente el recurso directo contra la disposición general o la misma persona pero sólo por motivos de impugnación diferentes, carece de todo apoyo normativo y jurisprudencial, significa una restricción de la legitimación no amparada por norma alguna y su aceptación sería tanto como dar al traste con una norma tradicional del contencioso-administrativo español que, en cuanto carente de apoyo legal, violaría el derecho a la tutela judicial efectiva...”

32.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 27 de octubre de 2004 (Aranz. 6567 y 8167/2004), resolviendo cuestiones de ilegalidad, han sostenido que procede reconsiderar, en base al art. 26.2 de la Ley 29/1998, la legalidad de una norma previamente confirmada en sentencia firme dimanante de recurso directo cuando en el nuevo cuestionamiento de la norma reglamentaria se planteen criterios y argumentos distintos de los que se tuvieron en cuenta en el enjuiciamiento anterior.

33.- “La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los Reglamentos”, publicado en la Revista de Administración Pública, nº 149 (Mayo-Agosto 1999), págs. 23 a 36.

conclusión podría ser matizada por la entrada en juego del principio formulado en el artículo 3.1 del Código Civil, que obliga a interpretar las normas jurídicas en relación con “... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

2.- El planteamiento general de la cuestión de ilegalidad y el sistema de recursos contra sentencias resolutorias de recursos indirectos contra reglamentos.

Para salir al paso de la situación insatisfactoria e, incluso, directamente contraria al principio constitucional de seguridad jurídica, que derivaba de la pervivencia en el ordenamiento jurídico de la disposición reglamentaria considerada ilegal por el o los órganos jurisdiccionales que conocieron de un recurso indirecto (fueran o no competentes para el enjuiciamiento directo de la misma), la Ley 29/1998, en armonía con su Exposición de Motivos, ha establecido, en el artículo 27, lo siguiente:

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

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

3.- Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.”

A pesar del orden de los apartados del artículo 27, las reglas esenciales se contienen en los apartados segundo y tercero (en particular, el segundo) que desbloquean, en aras del principio superior de legalidad del ordenamiento jurídico, la aplicación estricta de las reglas derivadas del objeto y la pretensión del proceso (principio de congruencia), en el apartado segundo y de la distribución de competencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (principio de competencia), en el apartado tercero.

En efecto, si en un Juez³⁴ o Tribunal concurre la competencia para conocer del recurso indirecto, es decir contra el acto administrativo de

34.- En apariencia la referencia a los Jueces unipersonales puede, en principio, parecer

aplicación, con la competencia para conocer del recurso directo frente a la norma reglamentaria aplicada, se producirá una ampliación “ex lege” del objeto del proceso y de la pretensión, que no será ya, tan sólo, la anulación del acto, sino que alcanzará, también, a declarar la validez o nulidad de la disposición general aplicada. En otros términos, la legalidad o no del reglamento que sirve de fundamento para la invalidez del acto administrativo de aplicación conforme, se transforma de mero “motivo” en auténtico “objeto” del proceso para posibilitar su anulación, y, en consecuencia, el “denominado” recurso indirecto se convierte en un “auténtico” recurso indirecto contra reglamentos. Por otra parte, la posibilidad de que dicha concurrencia se produzca o no, ha generado en la doctrina³⁵ la distinción entre “recurso indirecto incompleto” (en el que, por no producirse la coincidencia, debe limitarse a la anulación del acto) y “recurso indirecto completo” (en el que, por existir la concurrencia, deberá, además de anular el acto, declarar la nulidad o validez del reglamento). Conviene no olvidar, no obstante, que al recurrente lo que le importa (su interés directo o legítimo) es la anulación del acto impugnado, aunque para lograrlo tenga que alegar (motivo) la ilegalidad de la disposición general impugnada.

Si ello es así, en el denominado “recurso indirecto completo”, caracterizado por un hecho externo al demandante, cual es el ámbito de la competencia del órgano jurisdiccional actuante, para salvar el principio de congruencia de la sentencia, será necesario suponer, implícitamente, que el objeto del proceso y la pretensión alcanza también a la anulación de la disposición general aplicada por el acto que es objeto de directa impugnación.

Pero, además, el apartado 3 del artículo 27 se separa, también, de las reglas de distribución de competencia, al establecer que el Tribunal Supremo “...anulará cualquier disposición general...” cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de

superflua, por cuanto la competencia que la Ley 29/1998 les atribuye se circunscribe a los actos administrativos [vide art. 8.1º y 2º y art. 9.a) y b)] lo que haría imposible la concurrencia de competencia para conocer, también, de recurso directo contra reglamentos. No obstante, el apartado 3 del art. 8 otorga a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo competencia para conocer de los recursos que se deduzcan frente a “disposiciones” y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas y el apartado c) del art. 9 hace lo propio en relación a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y a las “disposiciones” emanadas de los organismos públicos con personalidad y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional. Sólo en tanto los Juzgados sean competentes para conocer directamente de recursos deducidos contra disposiciones cobrará sentido la referencia al juez contenida en el artículo 27.2.

35.- Por ejemplo, Manuel Rebollo Puig, “Recursos contra Reglamentos y Cuestión de Ilegalidad”, publicado en Justicia Administrativa, 1999, pág. 32 a 34.

aquella norma. Y ello aunque la competencia para conocer del recurso directo contra la misma no le correspondiese (por tratarse, por ejemplo, de una orden ministerial o de un decreto autonómico de cuyo recurso directo conocen, respectivamente, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia).

Conviene añadir que la concurrencia o coincidencia expuesta puede producirse en instancia o en vía de recursos, de modo que una amplia regulación de estos últimos, que lograra residenciar el conocimiento del recurso indirecto ante el órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso directo contra la norma aplicada, serviría para lograr el objetivo de depuración del ordenamiento jurídico con carácter “erga omnes”, con la mejora, respecto del sistema instaurado mediante la cuestión de ilegalidad, de que la decisión definitiva acerca de la legalidad de la norma alcanzaría también al acto controvertido en el recurso indirecto. Así ha ocurrido con la regulación del recurso de apelación, al establecer el artículo 81.2.d) que “Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: (...) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales”. Pues bien, si se trata de actos de las Administraciones locales o autonómicas que aplican normas emanadas de una u otra, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia conocerá siempre, sea en única instancia o en grado de apelación, de modo que, por aplicación del artículo 27.2, nunca será necesario plantear la cuestión de ilegalidad. Análoga situación se produce en relación a las sentencias de los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo apelables ante la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional. Cabría sostener que sólo las sentencias de los Juzgados que resuelven recursos indirectos relativos a reglamentos estatales (acerca de los que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia carecen de competencia para conocer del recurso directo) o las de los Juzgados Centrales que resuelven recursos indirectos contra Reales Decretos (acerca de los que las Salas de la Audiencia Nacional carecen igualmente de competencia) pueden dar lugar al planteamiento de cuestión de ilegalidad, al no producirse la concurrencia que conduce a la aplicación del artículo 27.2. A salvo, claro está, de que la posibilidad de interponer recurso de apelación no sea aprovechada por las partes.

La cuestión aparece más confusa en relación al recurso de casación, a partir de la redacción del artículo 86.3 de la Ley 29/1998 según el cual “Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”.

Las dificultades interpretativas se concentran en los términos “en todo caso” y “declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter

general”.

En el primer caso, a partir, especialmente, del auto del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 (Aranz. 7872/2001), se establece que:

“Así, en primer lugar, la previsión del apartado 1 del artículo 86 LJCA, limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencia dictadas «en única instancia» y, como veremos, prevalece sobre lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de recurrir «en todo caso» en casación las sentencia que resuelvan recursos contra disposiciones de carácter general. En otras palabras, la expresión «en todo caso», contenida en el apartado 3, no enerva lo dispuesto en el apartado 1... sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 86”.

Para el Tribunal Supremo la exclusión del recurso de casación de las sentencias dictadas en segunda instancia (por prevalencia del artículo 86.1 sobre la expresión “en todo caso” del artículo 86.3), constituye doctrina constante y consolidada, según la cual el recurso de casación:

“...sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, limitación igualmente aplicable en el supuesto del artículo 86.3 LJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LJCA”³⁶

En el segundo caso, la expresión que “declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general” parece conducir inexorablemente a que el fallo incorpore una declaración con efectos generales sobre la validez de la norma reglamentaria cuestionada. Así lo entiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incluye dentro del ámbito del recurso de casación las sentencias dictadas en recursos directos (vide, por ejemplo, el auto del TS de 21 de octubre de 2004 –Aranz. 5299/2004–) o en recursos indirectos en los que, por ser el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional competente respecto del recurso directo contra la norma cuestionada, las sentencias, en aplicación del artículo 27.2 de la Ley 29/1998, hayan declarado expresamente su nulidad o conformidad a Derecho (vide, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 2003), siempre que, en uno y otro caso se hayan dictado en única instancia –vide artículo 86.1, de la Ley 29/1998–, o contra sentencias dictadas resolviendo cuestión de ilegalidad, supuesto en el que, como veremos, se trata de un

36.- Véanse, por ejemplo, los autos del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (Aranz. 10.618/2000), 19 de febrero de 2001 (Aranz. 2480/2001) y 26 de marzo de 2001 (Aranz. 4352/2001).

nuevo proceso en instancia cuya sentencia declara nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general –artículos 86.1 y 3, de la Ley 29/1998– (vide la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 –Aranz. 4036/2004–).

Algún sector de la doctrina ha criticado la restrictiva interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 86.3 de la Ley 29/1998, por considerar que la ampliación del recurso de casación, unida a la regla, ya conocida, del artículo 27.3, permitiría resolver en definitiva sobre la legalidad del Reglamento, en los supuestos del denominado recurso indirecto, con efectos directos sobre la cuestión (impugnación del acto de aplicación) debatida en el proceso. En tal caso, la cuestión de ilegalidad vería reducido su ámbito a cláusula residual, de cierre del sistema, para aquellos supuestos en que las partes no hubieran hecho uso de la vía de recursos judiciales puestos a su disposición.

En este sentido, Germán Fernández Farreres³⁷ sostiene que “... una interpretación amplia y extensiva de la referida expresión del artículo 86.3 LJCA, no equiparándola a sentencias en las que la declaración de nulidad o la conformidad a Derecho de las normas reglamentarias se haga necesariamente en su parte dispositiva, guardaría coherencia con la propia expresión del artículo 123.1 de la L.J.C.A., que al regular cuando y cómo habrá de plantearse la cuestión de ilegalidad afirma que «la cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda». Y es evidente que esa «declaración de ilegalidad» tampoco se habrá incorporado al fallo de la sentencia, porque, obviamente, de ser así, no habría ya necesidad de acudir a la cuestión de ilegalidad”.

En análogo sentido, Matilde Carlón Ruiz³⁸ concluye que “... todos estos argumentos invitarían «de lege ferenda», a reconsiderar la formulación del artículo 86.3 LJCA para, sin dejar margen alguno a interpretaciones restrictivas, permitir residenciar ante el Tribunal Supremo las dudas de legalidad de todas las normas reglamentarias cuando el Tribunal «a quo» que haya conocido previamente de las mismas no sea competente para dotar de efectos generales a su valoración sobre su legalidad. Propuesta que es perfectamente compatible con la incorporación de una cláusula restrictiva, como la tradicionalmente asumida por la jurisprudencia, conforme a la cual sólo podría revisarse en casación el argumento relativo a la ilegalidad de la norma reglamentaria.

37.- “Impugnación de Reglamentos y cuestión de ilegalidad en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Tribunales de Justicia, nº 1, 1999, Madrid.

38.- “Casación y cuestión de ilegalidad”, publicado en la Revista de Administración Pública, nº 168, Madrid, septiembre-diciembre de 2005, págs. 131 a 163.

Frente a la doble virtualidad del recurso de casación, que resolverá definitivamente respecto de la norma, con efectos generales, con la consecuencia que de ello se desprende para el caso concreto, la naturaleza de la cuestión de ilegalidad –derivada de una sentencia firme y, por ello, sin capacidad de modificar lo decidido en el proceso a quo– impone limitarla a un mero mecanismo de cierre del sistema; imprescindible a falta de reacción de las partes para abrir la vía de recurso, pero nunca preferible a ésta...”

A lo expuesto por la doctrina citada, cabría añadir que la solución ampliatoria del recurso de casación en los supuestos del denominado recurso indirecto contra reglamentos era la que se contenía en la anterior regulación del artículo 93.3 de la Ley de 1956, en la redacción derivada de la Ley 10/1992, de 30 de abril, aprobada para introducir el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según la cual cabía contra “... las sentencias que se dicten en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrafos dos y cuatro del artículo 39 de esta Ley...”, incluyendo, pues, expresamente las sentencias dictadas en recursos indirectos. No cabe desconocer, sin embargo, que el Tribunal Supremo mantuvo una interpretación restrictiva para atajar la corruptela de plantear recursos supuestamente indirectos con la única finalidad de forzar la posibilidad de recurso de casación³⁹ y sostuvo, por la misma razón, que sólo el argumento de la pretendida ilegalidad de la norma reglamentaria tenía acceso a la casación.⁴⁰ Y aún cabe añadir que dicha jurisprudencia restrictiva se mantiene incólume para interpretar el alcance del recurso de apelación que, en todo caso, cabe interponer contra las sentencias de los Juzgados o del Juzgado Central que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales (sentencias TS, por ejemplo, de 20 de diciembre de 1996 y de 26 de diciembre de 1998).

Con tales antecedentes la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza también una interpretación extensiva del actual artículo 86.3 como supuesto continuador del anterior artículo 93.3 y, entre otros muchos, en el

39.- La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1999 (Aranz. 3594/1999) establece que “... la mera cita o referencia genérica o circunstancial a una disposición reglamentaria a lo largo de la fundamentación jurídica que sirve de soporte a las pretensiones ejercitadas, no puede integrar el supuesto contemplado en el artículo 39.2 y 4 de la LJCA, pues éste requiere que la impugnación indirecta de la disposición general en cuestión se halle suficiente y específicamente planteada, con la debida precisión y puntualización justificativa, y constituya la base esencial de la pretensión articulada en la instancia y fundamento exclusivo del recurso de casación...”

40.- La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1996 (Aranz. 4185/1996) afirma que “...teniendo en cuenta que la admisión del correspondiente recurso de casación se ampara en el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción, ello significa, lógicamente, que el conocimiento de la Sala queda limitado al análisis de la disposición impugnada indirectamente...”

auto de 13 de enero de 2005, sienta la siguiente doctrina, reiterada y constante:

“... la diferencia entre la redacción del artículo 86.3 de la nueva Ley de esta Jurisdicción y la de su precedente —el citado artículo 93.3 de la Ley anterior— no es de matiz sino que, por el contrario, su modificación es exponente de un importante cambio en el régimen jurídico de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general (artículo 93.3 de la Ley anterior), ahora lo son únicamente cuando la sentencia, sea de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 de la vigente ley, aplicable también, por supuesto, a los recursos directos—, declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 de la Ley de 1998), sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, la Audiencia Nacional, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate (artículo 27.1)”.

Finalmente, el Tribunal Supremo, de manera constante y reiterada, sostiene que de no acogerse la interpretación restrictiva del artículo 86.3 de la Ley de 1998, quedaría: “... sin contenido —por aplicación del artículo 27.3 de la LJCA— la cuestión de ilegalidad regulada en los artículos 27.1 y 123 y siguientes de la misma Ley, pues todas las impugnaciones de disposiciones generales llegarían a conocimiento de este Tribunal en vía de recurso”⁴¹. Olvida, sin embargo, su virtualidad residual para todos los casos en que no se haga uso del régimen de recursos.

Una vez determinado el alcance de las reglas contenidas en el artículo 27.2 y 3 de la Ley de 1998, resta añadir que si el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto contra reglamentos no tiene competencia, a la vez, para conocer del recurso directo contra los mismos, salvo que se trate del Tribunal Supremo, deberá plantear cuestión de ilegalidad, una vez que hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal “el contenido” de la disposición general aplicada. Al análisis de dicha cuestión de ilegalidad nos dedicaremos más adelante.

41.- Matilde Carlón Ruiz, en la obra citada, pág. 150, anota una exhaustiva jurisprudencia al respecto, citando, en su resumen y entre otros, los autos del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001 (dos), Aranz. 24836 y 37408; de 10 de marzo de 2005 (dos), Aranz. 112795 y 133500; y de 28 de marzo de 2005 (cuatro), Aranz. 112564, 121120, 121133 y 121142.

3.- La insuficiente regulación de las particularidades procesales que exige la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley 29/1998.

La Exposición de Motivos en su apartado IV, relativo a las partes, recuerda que debe atribuirse el carácter de parte demandada "... en caso de impugnación indirecta de una disposición general, a la Administración autora de la misma, aunque no lo sea de la actuación directamente recurrida. Esta previsión viene a dar cauce procesal al interés de cada Administración en defender en todo caso la legalidad de las normas que aprueba y constituye una de las especialidades de los recursos que versan sobre la conformidad a derecho de disposiciones generales..."

En coherente desarrollo de lo expuesto, el artículo 21.3 de la Ley 29/1998 establece que:

"Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida."

Sabemos también que el artículo 81.2.d) de la Ley 29/1998 afirma que las sentencias que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales son siempre susceptibles de recurso de apelación y que, en cambio, no se ha mantenido idéntica regla para el recurso de casación.

Hasta aquí las escasas referencias que el legislador ha considerado necesario introducir, relativas, todas ellas, en general, a cualquier impugnación indirecta de disposiciones generales.

El legislador parece haber olvidado, no obstante, que la regla del artículo 27.2 y 3 supone una modulación de enorme importancia, consistente, en caso de recurso indirecto, en declarar, además, la validez o nulidad de la disposición general, si el Juez o Tribunal ostenta competencia para conocer del recurso directo contra la misma, o, en todo caso, si se trata del Tribunal Supremo, que exigía la regulación de las correspondientes particularidades procedimentales, aunque no tuvieran relevancia suficiente para constituir, como ocurre, según veremos, con la cuestión de ilegalidad, un procedimiento especial.

Dichas particularidades deberían referirse, al menos, a las reglas que facilitarían la personación, como demandados, de la Administración autora de la disposición general y de todos aquellos que pudieran haber obtenido efectos favorables por la entrada en vigor de aquélla. Particularmente necesaria si dichos efectos se generan sin necesidad de acto administrativo de aplicación, ya que, si éstos se hubieran producido y adquirido firmeza, no

se verían afectados por la hipotética anulación posterior de la disposición general.⁴² De igual modo, para facilitar la personación de terceros interesados, sería conveniente que se acordara la publicación del recurso, que de modo indirecto puede conllevar la anulación de una norma, en el mismo periódico en que lo hubiera sido la disposición cuestionada.⁴³ También convendría aclarar si resulta aplicable la regla del artículo 33.3 de la Ley 29/1998 que permite extender el enjuiciamiento, por razones de conexión o consecuencia, a preceptos de la misma disposición, distintos de los que han sido aplicados por el acto impugnado, en particular atendiendo a que dicha norma limita expresamente su ámbito a los casos de impugnación directa⁴⁴. Lo mismo ocurre con el precepto que otorga preferencia para votación y fallo de los recursos directos contra disposiciones generales⁴⁵. La solución, en todos estos casos, a nuestro juicio, debe ser afirmativa, por identidad de razón y consiguiente aplicación analógica.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de julio de 2000 (Aranz. 7273/2000), al estimar que debe situarse, por la vía del artículo 27.3, en idéntica posición a la que tendría para resolver una cuestión de ilegalidad, de manera que extiende el conocimiento anulatorio no sólo a la norma reglamentaria aplicada sino a otra, posterior al acto impugnado, que había reproducido idéntica redacción (lo que le permite salvar la literalidad del artículo 33.3, al sostener que de modo sustancial, aunque no formal, se trata de la “misma disposición”). Razona para ello que “la «ratio legis» que inspira el apartado 3, del artículo 33 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, es evitar que declarado nulo un precepto reglamentario y expulsado, por tanto, del ordenamiento jurídico, puedan subsistir preceptos relacionados o conexos, que lógicamente, son también nulos, de manera que razones fundamentalmente sistemáticas obligan a extender la depuración de la disposición reglamentaria, también a dichos preceptos, porque el

42.- Así resulta del artículo 73 de la Ley 29/1998, según el cual “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectaran por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

43.- Así se establece para la cuestión de ilegalidad en el artículo 124.2 de la Ley 29/1998.

44.- El artículo 33.3 establece que “Esto mismo se observará si, impugnados directamente determinados preceptos de una disposición general, el Tribunal entendiera necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos”.

45.- La falta de regulación es más notoria si se advierte que el artículo 126.2, comprendido en el capítulo relativo al procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad, incorpora, mediante remisión, la aplicación de lo establecido para el recurso directo en los “...artículos 33.3, 66, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73...”.

principio constitucional de seguridad jurídica exige eliminar del ordenamiento jurídico las disposiciones reglamentarias que contradicen las leyes”. Y aún añade que “Resultaría absurdo, que una vez establecida por la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, la cuestión de ilegalidad, y ordenado al Tribunal Supremo, que elimine con ocasión de los recursos de casación, de naturaleza indirecta, las disposiciones ilegales aplicadas, que pudiera dejar incólumes preceptos idénticos, con igual vicio de ilegalidad, en razón de que han sido reproducidos, por disposiciones reglamentarias posteriores, porque ello iría contra la esencia misma del principio constitucional de seguridad jurídica”

Menor importancia tiene la falta de previsión de la posible incorporación, mediante providencia para mejor proveer, del expediente de elaboración de la disposición general ya que tal posibilidad está, en todo caso, a disposición del Juez o Tribunal, en aplicación de lo establecido en el artículo 61.2, en relación al artículo 64.4, de la Ley Jurisdiccional.

V LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

Llegados a este punto sabemos ya que la finalidad perseguida por la cuestión de ilegalidad, como novedad introducida por la Ley 29/1998, es la de evitar que la estimación de un recurso indirecto no permita obtener, de manera adicional, la declaración de nulidad de la norma reglamentaria, lo que se producirá cuando el órgano jurisdiccional no sea competente para conocer del recurso directo y la sentencia estimatoria dictada adquiera firmeza, por no haber recurso alguno contra la misma o por no haberse interpuesto el que resultaba pertinente. Para ello, el artículo 27.1 de la Ley 29/1998, con carácter residual y supeditado a la preferente aplicación, si resulta posible, de las reglas de los apartados 2 y 3 del mismo artículo, establece que:

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

1.- Naturaleza jurídica.

La cuestión de ilegalidad⁴⁶ es un proceso que “deben” iniciar los Jueces o

46.- José María Boquera Oliver, en la obra ya citada, resalta que se trata de una denominación insuficiente porque todas las que se plantean ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo son cuestiones de ilegalidad.

Tribunales que al juzgar un acto de aplicación del reglamento estimen la demanda por apreciar la ilegalidad de este último, sin que puedan declarar su nulidad por ser incompetentes para ello.

El planteamiento de dicho proceso deberá efectuarse ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra dicho reglamento y se tramitará mediante el procedimiento especial que la Ley 29/1998 regula bajo el capítulo II, del título V, que comprende los artículos 123 a 126. Se trata, en definitiva de un proceso de impugnación de disposiciones generales iniciado por Jueces o Tribunales de lo contencioso-administrativo que las han inaplicado por considerarlas ilegales. Su alcance es análogo al del recurso directo contra reglamentos (vide, para confirmarlo, lo establecido en el artículo 126.2 de la Ley 29/1998)⁴⁷, con una doble particularidad:

a) que se interpone cuando ya han transcurrido los dos meses desde la publicación de la disposición general que para el recurso directo establece el artículo 46.1 de la Ley Jurisdiccional⁴⁸; y b) que la “legitimación” viene restringida el Juez o Tribunal que ha dictado sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto y que, además, no ostenta competencia para la anulación del reglamento.

La doctrina ha buscado similitudes para conectar la cuestión de ilegalidad con otras figuras afines. Como ya hemos anticipado, la regulación finalmente aprobada en 1998 se separó del modelo que siguió el proyecto de 1995, que se inspiraba en la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución y en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y articulaba la cuestión de ilegalidad como incidente prejudicial, suspensivo del procedimiento y previo a la sentencia. Por el contrario, la regulación vigente la configura como posterior a la firmeza de la sentencia estimatoria de un recurso indirecto y sin que

47.- “Se aplicará a la cuestión de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo contra disposiciones generales en los artículos 33.3, 66, 70, 71.1.a), 71.2, 72.2 y 73. Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión”.

48.- A nuestro juicio, si dentro del plazo de dos meses desde la publicación de un reglamento se interpone un inequívoco recurso indirecto contra un acto de aplicación y el órgano jurisdiccional competente para conocer del acto no lo es para anular el reglamento deberá entender formulado, también, recurso directo y plantear la correspondiente cuestión de competencia, con aplicación de lo establecido en el artículo 7 de la Ley Jurisdiccional. En realidad, lo correcto, si se está en plazo, sería plantear un doble proceso mediante recurso indirecto contra el acto y directo contra el reglamento ante el respectivo órgano jurisdiccional competente. Pero no debe olvidarse que el artículo 26.2 de la Ley Jurisdiccional establece que la falta de impugnación directa no impide la impugnación de los actos de aplicación que son conformes con el reglamento, con el único fundamento de la ilegalidad de este último.

su resultado pueda afectar a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que la planteó. Los dos caracteres descritos acercan la cuestión de ilegalidad a la regulación del recurso de casación en interés de ley, del que lo separa su configuración como proceso de instancia⁴⁹, mediante procedimiento especial, y no como recurso de casación. Con todo, la mayor parte de la doctrina⁵⁰ sostiene que la regulación de la cuestión de ilegalidad contenida en la Ley de 1998 se asemeja a la cuestión interna de inconstitucionalidad que contempla el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 2/1979, de 3 de octubre, por cuanto no estamos ante una solución basada en la prejudicialidad sino ante dos sentencias sucesivas que pueden tener contenido dispar acerca de la legalidad del reglamento aplicado. En el caso del artículo 55.2 de la L.O.T.C. se produce una sentencia de amparo y otra de inconstitucionalidad, mientras que en la cuestión de ilegalidad recae una sentencia sobre el acto de aplicación y otra sobre el reglamento aplicado. Ciertamente, resulta divergente la motivación de ambas soluciones, ya que la autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad nace de la falta de legitimación del particular para impugnar la ley de cuya ilegalidad deriva el reconocimiento del amparo, mientras que, en el caso de la cuestión de ilegalidad, el problema deriva de la falta de competencia del órgano jurisdiccional que conoce sobre la validez del acto para pronunciarse con efectos “erga omnes” sobre la validez de la norma aplicada. La conclusión expuesta choca, no obstante, con la pervivencia (a nuestro juicio improcedente) en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 de la referencia a que “la regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica...”, aunque añada que “... las analogías terminan aquí”. (apartado V, relativo al objeto del recurso).

2.- Presupuestos que obligan el planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

Recapitulando lo expuesto hasta el momento, conviene recordar que el nacimiento de la “obligación” de plantear cuestión de ilegalidad exige que se

49.- Por ello, las sentencias que resuelven la cuestión de ilegalidad son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por cuanto habrán sido dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 86.1) y, además, declaran nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general (art. 86.3).

50.- Véase, por ejemplo, Joaquín Tornos Mas en “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa”, dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid 1999, pág. 538 y 539.

haya interpuesto un denominado recurso indirecto (artículo 26.1 de la Ley 29/1998), que el órgano jurisdiccional competente para conocer del acto directamente impugnado no lo sea también para conocer, sea en instancia o en vía de recurso, del recurso directo contra la disposición general aplicada (artículo 27.2 de la Ley 29/1998), y que en el recurso indirecto hubiera recaído sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada.

A.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un acto de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho.

Son varias las cuestiones que dicho requisito suscita:

- a) La primera cuestión a plantear es la de su estricta vinculación a la existencia de un previo recurso indirecto contra reglamentos. La finalidad de la cuestión de ilegalidad, directamente conectada a evitar situaciones de inseguridad jurídica, permite plantear, aunque sea “*lege ferenda*”, la conveniencia de su utilización en todo caso de inaplicación de reglamentos por la jurisdicción contencioso-administrativa, e, incluso, porqué no, por las demás jurisdicciones.
- b) La segunda cuestión a plantear es la de si sólo cabe cuando se impugna un “acto” de aplicación o si, pese a la literalidad, resulta también aplicable cuando se impugna una norma que constituye desarrollo de otra y la impugnación se funda en la ilegalidad de esta última. Es claro que, en este caso, no existe recurso indirecto previo ya que lo que se interpone es recurso directo contra la norma de desarrollo, sin necesidad de recurso indirecto contra la norma reglamentaria superior.

La Jurisprudencia en materia urbanística acepta la posibilidad de impugnación indirecta de la aprobación de un Plan de desarrollo (por ejemplo, un Plan Parcial) fundada, no en su intrínseca disconformidad con el planeamiento general superior, sino en la ilegalidad de este último. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de disposición general que la doctrina mayoritaria atribuye a los instrumentos de planeamiento urbanístico, habría que concluir que resulta posible el recurso indirecto, no contra “acto” de aplicación en sentido estricto, sino contra “norma” urbanística de desarrollo del planeamiento superior⁵¹. Ciertamente, puede haber coadyuvado a dicha solución que los instrumentos de planeamiento tienen

51.- La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 650/2004, de 19 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª (JUR 2005/19507) lo da por

naturaleza normativa, de disposición general, pero se aprueban mediante procedimiento específico que culmina en un acto administrado. Pero ello no es obstáculo, a nuestro juicio, para que se de prioridad a la finalidad que la cuestión de ilegalidad persigue que no es otra que la de “... evitar situaciones de inseguridad jurídica que puedan producirse como consecuencia del control difuso de las disposiciones reglamentarias –por la vía de su inaplicación–...” (vide, auto del T.S. de 24 de abril de 2000), y, en consecuencia, si se impugna directamente una norma de desarrollo (por ejemplo, una Orden Ministerial) fundada en la ilegalidad de una norma superior (por ejemplo, un Real Decreto), se anule aquélla por infracción del principio de jerarquía normativa (dada su evidente mayor vinculación a la Ley que al Real Decreto que desarrolla), pero, al mismo tiempo, si concurren los demás requisitos, se plantee la cuestión de ilegalidad para depurar y expulsar del ordenamiento jurídico la norma reglamentaria superior desarrollada por la inferior, aunque es claro que, en puridad, no ha existido un previo recurso indirecto. Se trata, de nuevo, de plantear la posibilidad, “lege ferenda”, de desvincular la cuestión de ilegalidad del recurso indirecto.

- c) La tercera cuestión a examinar es la de que debe tratarse de acto “de aplicación” de la norma. Significativa a este respecto resulta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección única), de 14 de febrero de 2003 (JUR 2003/122455), cuando afirma que “... la parte recurrente trata de plantear la cuestión desde la perspectiva del control indirecto del planeamiento municipal, esto es, se acude a la figura del recurso indirecto recogido en el artículo 26.1 de la Ley de la Jurisdicción, sin embargo es insostenible mantener esta vía, dado que un permiso de investigación no es un acto de aplicación del instrumento normativo en que el Plan consiste. Cuestión diferente será la que, en su caso, pudiera plantearse respecto de otra serie de actos necesarios para la puesta en funcionamiento de la actividad extractiva, tal como la licencia de obras, de actividad o de apertura, en su caso”.
- d) Por último, conviene añadir que debe tratarse del acto de aplicación de una “disposición general”. No podrán, por lo tanto, ser objeto de recurso indirecto instrumentos no normativos, como pueden ser las instrucciones u órdenes de servicio o los bandos municipales, o actos administrativos de carácter general o destinados a una pluralidad indeterminada de interesados, como pueden ser, por ejemplo, las bases de un concurso en materia de contratación o de una oposición

relativa al ingreso en la función pública⁵². Ello es así porque sólo frente a las disposiciones generales considera el legislador que la no impugnación directa por quien está legitimado para ello no supone su consentimiento (vide, artículo 26.2 de la Ley Jurisdiccional). En cambio, frente a los actos administrativos, la no impugnación en plazo los transforma en consentidos y firmes, de modo que el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional contempla la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de actos confirmatorios de otros consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

B.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal.

Hemos dejado ya expuesto que las reglas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley Jurisdiccional resultan de aplicación preferente a la cuestión de ilegalidad, de modo que la anulación del reglamento, sin necesidad de cuestión de ilegalidad, podrá producirse si el Juez⁵³ o Tribunal competente para conocer del recurso indirecto lo es también para el directo o si quien conoce del mismo, en cualquier grado, es el Tribunal Supremo.

Según ello, no nacerá la obligación de plantear cuestión de ilegalidad, frente a actos impugnados por considerar ilegales las disposiciones generales autonómicas o locales que aplican, sino en el caso de ser competentes, en primera instancia, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no haberse interpuesto el recurso de apelación que, en todo caso, en tal supuesto, posibilita el artículo 81.2.d) de la Ley Jurisdiccional. En los demás casos, los Tribunales Superiores de Justicia podrán anular el reglamento, en instancia o en grado de apelación, por aplicación preferente de la regla del artículo 27.2, tantos veces citado. En cambio, si la disposición general indirectamente impugnada era estatal, la falta de coincidencia en el órgano jurisdiccional para conocer del recurso indirecto y del directo podrá

supuesto cuando, tras afirmar que “... Las Normas Subsidiarias tienen naturaleza jurídica de disposición general, por lo que sólo cabe su impugnación indirecta en relación con los actos que se produzcan en su aplicación...”, añade que “... hemos de completarlo, en relación con las conclusiones de la jurisprudencia, que incluso podría articularse la impugnación indirecta en relación con instrumentos de inferior rango que surjan en desarrollo de las disposiciones del planeamiento general, siendo a título paradigmático el de Plan Parcial que desarrolla previsiones del Plan General o de las Normas Subsidiarias...”

52.- La sentencia del TSJ de las Illes Balears n° 1026/2005, de 1 de diciembre frente a la impugnación indirecta de una Instrucción interna, sostiene que no resulta procedente porque dicha Instrucción no sirvió de fundamento al acto impugnado pero implícitamente alude a que tampoco sería procedente, salvo que dicha Instrucción tuviera auténtica naturaleza normativa.

53.- Véase la anterior nota 28.

provenir de que no quepa recurso de casación según la literalidad de la regla del artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional antes analizada (que ha supuesto la eliminación de la previsión de la normativa anterior según la cual procedía siempre la casación en caso de recurso indirecto contra reglamentos) o de que no se haya interpuesto el recurso de apelación o de casación, respectivamente previsto. En tales casos, si se trata de disposiciones generales del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, del Congreso de Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, la cuestión de ilegalidad deberá plantearse ante el Tribunal Supremo; en los demás supuestos relativos a disposiciones generales estatales, ante la Audiencia Nacional.

C.- Que en el recurso indirecto haya recaído sentencia estimatoria firme.

El artículo 27.1 concreta, como presupuesto de la obligación de plantear cuestión de ilegalidad, que se hubiere "... dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada".

El análisis de dicha norma comporta las siguientes consideraciones:

- a) Debe tratarse de sentencia "firme", es decir aquélla contra la que no cabe recurso, bien porque no era susceptible del mismo o porque transcurrieron los plazos previstos para interponerlo.
- b) Dicha sentencia firme debe ser, además, "estimatoria" del recurso indirecto. A este respecto, resulta significativa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 30 de noviembre de 2000, cuando afirma que:

"No resulta legalmente posible, sin embargo, que la Sala proceda a anular dicha disposición, ya que de los artículos 21.3, 27 y 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se deduce la regla inequívoca de que no cabe tal posibilidad sino cuando se trate de un recurso indirecto contra la disposición general y la sentencia es estimatoria; no, como aquí sucede, cuando el recurrente precisamente pretende la aplicación de la disposición general que refutamos ilegal y la ilegalidad sirve no para estimar, sino para desestimar el recurso. Dicho de otro modo, no cabe legalmente desestimar el recurso y a la vez anular la disposición general o plantear la cuestión de ilegalidad".

- c) Dicha sentencia firme estimatoria debe serlo, además "por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada".

La cuestión enunciada en el presente epígrafe adquiere mayor relevancia por referirse a la procedencia o no de la impugnación indirecta

fundada en motivos formales o procedimentales de ilegalidad del reglamento aplicado. Si se interpreta literalmente la expresión “por considerar ilegal el contenido” del artículo 27.1, habría que concluir que la Ley 29/1998 ha confirmado la posición consagrada por la jurisprudencia⁵⁴ contraria a que puedan alegarse vicios de procedimiento para fundamentar el recurso indirecto.

El problema trae causa de la polémica doctrinal acerca de la naturaleza del reglamento y sus causas de invalidez. La mayor parte (García de Enterría, Ramón Fernández, González Pérez, entre otros muchos) sostiene que el reglamento es exclusivamente una fuente de Derecho y no una clase de acto administrativo, de modo que toda infracción de sus límites, como expresamente confirma el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conduce a su nulidad de pleno derecho. Otro sector doctrinal (Garrido Falla, Entrena Cuesta, Boquera Oliver, por ejemplo) afirma que el reglamento es una especie del género acto administrativo que, en cuanto a los requisitos de competencia y procedimiento, dependiendo de la entidad de la infracción, puede ser nulo de pleno derecho o anulable, sin perjuicio de reconocer que, en cuanto a su contenido, la infracción de los principios de jerarquía normativa y de reserva de ley producen siempre su nulidad de pleno derecho. Los primeros estiman que los vicios de forma en que puede haber incurrido el reglamento pueden ser alegados, también, mediante el denominado recurso indirecto⁵⁵; los segundos, en cambio, con el apoyo de la jurisprudencia ya citada, consideran que en el recurso indirecto (en el que no cabe olvidar que se impugna un acto de aplicación) sólo cabe alegar la ilegalidad sustantiva, de contenido, del reglamento aplicado.

54.- Tras unos primeros pronunciamientos que estimaban la impugnación indirecta del reglamento por omisión del dictamen del Consejo de Estado (vide, por ejemplo, la sentencia TS de 28 de enero de 1964), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido, con reiteración la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar el reglamento (sentencias, por ejemplo, de 7 de junio de 1988 –Aranz. 4601–; 27 de marzo de 1991 –Aranz. 5647–; 18 de junio de 1992 –Aranz. 5920–; 11 de mayo de 1993 –Aranz. 3612–; y 17 de noviembre de 1993 –Aranz. 8220–.

55.- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su Curso de Derecho Administrativo, Décima Edición, año 2000, Tomo I, pág. 220, sostienen que: “Sería un error pensar –como alguna vez se ha sostenido– que el vicio de forma en los Reglamentos no podría ser hecho valer más que a través del que luego llamaremos recurso contencioso-administrativo directo, que tiene un plazo de caducidad de dos meses; si así fuese, podría hablarse de que este vicio determina sólo una mera anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho, pero sobre no existir base alguna para intentar justificar una limitación de los medios impugnatorios tan sumamente grave (limitación que, como es obvio, va derechamente contra la cláusula general que admite en todo recurso contencioso la invocación de «cualquier infracción del ordenamiento jurídico», art. 70.2 L.J.”.

Por nuestra parte consideramos que los vicios de forma o de procedimiento, en tanto que previstos en norma con rango de ley (vide el artículo 24 de la Ley 50/1997, en el caso del Estado y los artículos 42 a 47 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, para las Illes Balears), constituyen, en todo caso, infracción del principio de jerarquía normativa reconducible a la categoría de nulidad de pleno derecho, alegable, por lo tanto, en cualquier momento, aunque sea a través de la impugnación indirecta de reglamentos.

A favor de la anterior conclusión, pese a la literalidad del artículo 27.1 de la Ley 29/1998, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 125.3 en cuanto establece que “El plazo para dictar sentencia quedará interrumpido si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada...”. Es claro que tal previsión resultaría inútil si el recurso indirecto y la cuestión de ilegalidad sólo pudieran fundarse en la ilegalidad del “contenido” del reglamento aplicado, de modo que la incorporación del procedimiento de elaboración al seno de la cuestión de ilegalidad permite pensar que el legislador contempla la posibilidad de que en su tramitación se planteen vicios procedimentales de la norma impugnada.

3.- Requisitos subjetivos.

Del artículo 27.1 se desprende que la cuestión de ilegalidad “deberá plantearla el Juez o Tribunal que hubiere dictado la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, siempre que no fuera, también, competente para conocer del recurso directo o, en todo caso, el Tribunal Supremo, ya que en estos dos últimos supuestos, sin plantear cuestión de ilegalidad, deberán resolver acerca de la validez o nulidad del reglamento aplicado . Y deberán plantearla, según el mismo artículo, ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general aplicada (órgano jurisdiccional competente para conocer de la cuestión de ilegalidad). Conviene advertir que, obviamente, el cumplimiento de dicho deber no convierte al Juez o Tribunal en parte procesal, por cuanto no actúa ningún interés propio y directo ni articula pretensión. Contrariamente, se limita, como veremos, cumpliendo obligaciones “ex lege”, a plantear cuestión de ilegalidad mediante auto, a remitir copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo y a ordenar la publicación en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada. Confirma lo expuesto, el artículo 123.2 cuando determina que en el auto de planteamiento “... se acordará emplazar a las partes...”

Sabemos, por otra parte, que el artículo 21.3 de la Ley Jurisdiccional prevé, en caso de recurso indirecto, que “... se considerará también parte

demandada a la Administración autora de la misma (disposición general), aunque no proceda de ella la actuación recurrida”. Por lo tanto, la Administración autora de la disposición general será ya parte demandada en el recurso indirecto contra un acto de aplicación de la misma.

Además, el citado artículo 123.2 de la Ley Jurisdiccional prevé que “En este auto se emplazará a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión”. Con ello se asegura el emplazamiento de la Administración autora de la disposición general ya demandada en el recurso indirecto (que pasará de ser codemandada mediata e indirecta a ser demandada principal), así como también el de las demás partes personadas en este último, es decir, el demandante afectado por el acto de aplicación (que asumirá posición demandante) y la Administración autora de este último (que se transformará de demandada principal en codemandada mediata e indirecta). Es fácil no obstante suponer que estos dos últimos pueden mantener escaso interés en el resultado de la cuestión de ilegalidad, por cuanto la sentencia que la resuelva no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la que estimó el recurso indirecto.

La regulación expuesta, sucintamente, da lugar a las siguientes consideraciones jurídicas:

- a) El planteamiento de la cuestión de ilegalidad se atribuye, en exclusiva, al Juez o Tribunal que dictó la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto, a quien se le impone como un deber inexcusable (“deberá plantear...”, dice el artículo 27.1). La ley no prevé sin embargo ningún remedio para hacer efectivo el incumplimiento del deber de plantear cuestión de ilegalidad.
- b) Contrariamente, las partes en el proceso de recurso indirecto y, en concreto, aquélla que hubiere obtenido sentencia estimatoria del mismo, no ostentan legitimación alguna para plantear la cuestión de ilegalidad. Podrán formular recordatorios, pero la ley no les reserva propiamente una iniciativa o derecho a la incoación del proceso que formalmente deba ser atendido por el órgano jurisdiccional a quien se impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad. Menos aún podrán plantearla, sin legitimación para hacerlo, ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la misma.
- c) Debe considerarse la posibilidad de que a través de los medios de publicidad idóneos puedan personarse en el proceso que la cuestión de ilegalidad supone todos los que tengan interés legítimo en el mantenimiento o nulidad de la disposición general cuestionada y, en particular, aquéllos que ostenten una posición favorable derivada

directamente de la norma sin necesidad de acto administrativo de aplicación. Esta, y no otra, es, a nuestro entender, la finalidad de lo establecido en el artículo 124.2 de la Ley 29/1998, según el cual “El planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada”.

- d) Al tratarse de un proceso depurativo del ordenamiento jurídico, y por similitud a lo establecido en el caso de recurso de casación en interés de ley, debería haberse contemplado la intervención, en defensa de la legalidad, del Ministerio Fiscal. Así lo aconsejó el dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1997 al señalar que “...sin perjuicio del necesario emplazamiento de las partes, sería oportuna también la participación en este procedimiento especial del Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su función constitucional de defensa de la legalidad”. En cambio, la Ley 29/1998 no lo ha previsto al articular (artículos 123 a 126) el procedimiento especial en que la cuestión de ilegalidad consiste.

4.- Requisitos objetivos.

El segundo párrafo del artículo 123.1 de la Ley 29/1998 establece que “La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para estimar la demanda”.

En primer lugar, como hemos reiteradamente expuesto, la sentencia estimatoria del recurso indirecto no ha “declarado” la ilegalidad de precepto alguno, ya que, si así hubiera ocurrido, sería innecesaria la cuestión de ilegalidad. En realidad, dicha sentencia ha “considerado” la ilegalidad de la norma como motivo para fundamentar la anulación del acto de aplicación. Esta expresión, por otra parte, es la utilizada, con mayor corrección, por el artículo 27.1 al referirse a “considerar” ilegal el contenido de la disposición general aplicada.

Por otra parte, la literalidad del artículo 123.1, en cuanto parece circunscribir el objeto del proceso “exclusivamente”, según expresa, al precepto o preceptos “declarados” ilegales, no impide, por virtud de la remisión que el artículo 126.2 realiza al artículo 33.3 de la Ley Jurisdiccional, que el Tribunal, por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos, estime necesario extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición. En tal caso deberá conceder a las partes personadas, mediante providencia, plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas acerca de la extensión del objeto del proceso.

5.- Procedimiento.

La Ley 29/1998 regula, en sus artículos 123 a 126, un procedimiento especial dentro del proceso contencioso-administrativo que, como hemos visto, se incoa de oficio por el Juez o Tribunal que haya dictado sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto, sin tener competencia para conocer del recurso directo contra la norma reglamentaria cuestionada. A dicho procedimiento se le otorga, con carácter general, la misma preferencia de resolución que el artículo 66 de la Ley 29/1998 atribuye a los recursos directos contra disposiciones generales (vide al efecto, la remisión que el artículo 126.2 efectúa al artículo 66). Pero, además, se prevé, en el artículo 126.4, otro criterio adicional de preferencia específica para su tramitación y resolución “Cuando la cuestión de ilegalidad sea de especial transcendencia para el desarrollo de otros procedimientos...”. Se trata, obviamente, de evitar que la “consideración” acerca de la ilegalidad de la disposición general efectuada por quien no resulta competente para su enjuiciamiento y control jurisdiccional pueda extenderse a otros procedimientos cuando ya está planteada la cuestión de ilegalidad. Los casos de extensión de efectos de la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto, sea por la vía del artículo 110, sea por la de los artículos 37.2 y 111, constituyen supuestos en los que debería, sin duda, aplicarse la referida preferencia reforzada.

A.- Planteamiento de la cuestión de ilegalidad.

El planteamiento de la cuestión de ilegalidad se realiza mediante auto en el plazo de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia estimatoria del recurso indirecto. Contra dicho auto no cabe recurso alguno, y en el mismo se acordará emplazar a las partes para que en el plazo de quince días puedan comparecer y formular alegaciones ante el Tribunal competente para fallar la cuestión (artículo 123).

El Juez o Tribunal que haya planteado la cuestión remitirá urgentemente, junto con el certificado del auto de planteamiento, copia testimoniada de los autos principales y del expediente administrativo (que, obviamente, será el del acto administrativo de aplicación impugnado). Además, el planteamiento de la cuestión se publicará en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición cuestionada (artículo 124).

Según lo expuesto, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad conlleva la remisión urgente del testimonio de los autos y del expediente administrativo, el emplazamiento de las partes en el recurso indirecto, que, en aplicación del artículo 21.3 de la Ley Jurisdiccional, incluye, como codemandada, a la Administración autora de la disposición general cuestionada (que se convertirá en demandada principal en el nuevo proceso en que consiste la cuestión de ilegalidad) y la publicación de dicho

planteamiento (que debería facilitar la comparecencia de terceros interesados en el mantenimiento o anulación de la disposición general).

Sólo cabe añadir que al legislador no le preocupa el contenido del auto de planteamiento de cuestión de ilegalidad, ni siquiera para exigir la debida motivación de las razones que le han llevado a considerar la ilegalidad de la norma reglamentaria. Sin duda, ello es así porque aquéllas estarán lógicamente reflejadas en la sentencia estimatoria del recurso indirecto. No obstante, a nuestro juicio el auto debería contener, como mínimo, un resumen motivado de las razones que han llevado a considerar la ilegalidad de la disposición general.

B.- Trámite de admisión.

Planteada la cuestión de ilegalidad, la normativa reguladora del procedimiento especial establece, en el artículo 125.2, un trámite de admisión al disponer que "... podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando faltaren las condiciones procesales". La redacción actual proviene de una enmienda que, inicialmente, se refería a "condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada" de la que se suprimió el último inciso durante la tramitación en el Senado. La eliminación merece, a nuestro juicio, elogio puesto que "si fuere notoriamente infundada" es requisito sustantivo que conlleva la conformidad a derecho de la norma cuestionada. Y, en tal caso, la finalidad de la cuestión de ilegalidad (la depuración del ordenamiento jurídico y el principio de seguridad jurídica) exige, no que se inadmita a trámite, sino que se confirme, con eficacia "erga omnes", la plena validez de la norma reglamentaria.

Con todo, la redacción vigente plantea la cuestión del alcance que debe atribuirse a la expresión "condiciones procesales". Es claro que en el trámite de admisión sólo cabrá analizar la falta de condiciones procesales de la cuestión de ilegalidad que, a nuestro juicio, comprende, por analogía con el artículo 51 de la Ley 29/1998 para el procedimiento ordinario: la falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal; la falta de legitimación del recurrente; haber caducado el plazo de interposición, es decir que no se plantee mediante auto dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia (aunque parece desproporcionado que, en tal caso, no se alcance la finalidad superior –depuración del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica– que la cuestión de ilegalidad persigue); y haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación, que, en el presente caso, se reconduce a la falta de alguno de los presupuestos que obligan a plantearla (que no se trate de verdadera

disposición general o no esté ya vigente; que el Juez o Tribunal que la plantea sea competente para conocer del recurso directo o que no haya recaído sentencia firme estimatoria del recurso de alzada)⁵⁶.

Por último, en cuanto al trámite de admisión, puede, en principio, parecer procedente que pueda adoptarse “sin audiencia de las partes”, por tratarse de proceso iniciado de oficio por un órgano jurisdiccional, de manera que no se vulnera ningún derecho a la tutela judicial del actor. No obstante, sería más adecuado que se diera, al menos, audiencia a la Administración autora de la norma, a la que asiste interés legítimo acerca de que el Tribunal competente declare su plena validez.

C.- Tramitación.

El único trámite preceptivo que se prevé es el de alegaciones de las partes que se personen, a formular en el plazo de quince días desde el emplazamiento acordado en el auto de planteamiento y ceñidas a la validez o nulidad del precepto o preceptos cuestionados. Dicho escrito de personación y alegaciones podrá acompañarse, según prevé el artículo 125.1 de la documentación que se estime oportuna, y transcurrido dicho plazo de personación y alegaciones de las partes “... se declarará concluso el procedimiento” (artículo 125.2). Para obtener, la máxima celeridad en la tramitación, el artículo 123.2 prevé taxativamente que “Transcurrido este plazo, no se admitirá la personación”.

Con carácter potestativo, en cambio, el artículo 125.3 dispone que si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio, quedará interrumpido el plazo para dictar sentencia. En tal caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 125.3, deberá ponerse de manifiesto a las partes para que puedan formular alegaciones al respecto en el breve plazo común de tres días. De igual modo, si el Tribunal pretende, por conexión o consecuencia, extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición (artículo 33.3), o considera que deben tratarse motivos relevantes para el fallo distintos de los alegados (artículo 65.2), otorgará a

56.- El auto del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2000, señala que:

“El artículo 125.2 de la vigente Ley de esta Jurisdicción apodera a este Tribunal para rechazar, en trámite de admisión, y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando falten las condiciones procesales en su planteamiento,...

La ausencia de las «condiciones procesales» a que se refiere el artículo 125.2, que impide que la cuestión de ilegalidad rebase el trámite de admisión son todas las que formal o materialmente condicionan el correcto planteamiento de la misma, incluso aquellas cuya concurrencia es necesaria para que pueda dictarse una sentencia de fondo estimatoria o desestimatoria de la cuestión planteada...”

las partes, mediante providencia, trámite de alegaciones al respecto por plazo común de diez días.

D.- Sentencia.

La sentencia ha de dictarse en el plazo de diez días (artículo 125.2) siguientes a la declaración de tener por concluso el procedimiento, que se produce una vez terminado el plazo para personación y alegaciones, salvo que el Tribunal, mediante providencia para mejor proveer hubiera reclamado el expediente de elaboración de la disposición general, ya que en tal caso se interrumpe el plazo para dictar sentencia.

Los pronunciamientos posibles de la sentencia, según el artículo 126.1, pueden consistir en: **a)** declarar inadmisibile la cuestión de ilegalidad cuando “faltare algún requisito procesal insubsanable”. La Ley 29/1998 no determina cuáles sean éstos. A nuestro juicio, por analogía con el artículo 68.1.a), en relación al artículo 69, serán los generales previstos para el procedimiento ordinario adaptándolos a las peculiaridades de este procedimiento especial, si bien no debe dejar de señalarse que la mayor parte de los mismos podrán, –deberán–, detectarse y resolverse en el trámite de admisión “cuando faltaren las condiciones procesales”, a que se refiere el artículo 125.2 y al que nos hemos referido anteriormente; **b)** desestimar total o parcialmente la cuestión de ilegalidad, lo que supone considerar que la norma o normas son ajustadas a derecho, separándose en consecuencia del criterio del Juez o Tribunal que conoció del recurso indirecto y planteó la cuestión de ilegalidad. Pero, como hemos anticipado y ratifica el artículo 126.5 “la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afecta a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella”, lo que corrobora que se trata de un proceso de instancia que no supone impugnación o recurso contra la sentencia del recurso indirecto sino que, contrariamente, exige como presupuesto que esta última sea firme; **c)** estimar total o parcialmente la cuestión de ilegalidad, lo que comportará la declaración de nulidad de las referidas normas total o parcialmente, según resulta del artículo 71.1.a) al que se remite el 126.2. Conviene añadir la posibilidad de extensión, por razones de conexión o consecuencia, a otros preceptos de la misma disposición, que deriva de la remisión al artículo 33.3 que efectúa el artículo 126.2 y la aplicación, también, por idéntica remisión al artículo 71.2, de la regla que impide al Tribunal “determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen”.⁵⁷

57.- En cambio, el artículo 85 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, había establecido que “Los fallos que dictaren las

Párrafo aparte merece la remisión que el tantas veces citado artículo 126.2 realiza al artículo 73 según el cual “Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiere la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”. La norma transcrita merece los siguientes comentarios:

- Constituye cuestión distinta la derogación de una norma que, a salvo la retroactividad, produce, por regla general, efectos “ex nunc”; y su anulación que supone nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/1992) y por lo tanto, en principio, tiene una eficacia “ex tunc”.
- El principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 C.E.) limita la eficacia “ex tunc” de la anulación de una norma cuando pretende proyectarse sobre actos administrativos de aplicación de la misma que hayan adquirido firmeza antes de que la anulación alcanzara efectos generales.
- Dicha regla se reflejó en el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958⁵⁸, pero no en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, a pesar de lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo extendió también su alcance al ámbito jurisdiccional.
- En la actualidad, en cambio, dicha regla se contiene en el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio y ha desaparecido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. La razón es clara y deriva del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, según el cual “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”, de modo que la anulación de disposiciones generales en vía administrativa ya no resulta posible.
- Mayor importancia tiene que el citado artículo 73, para hacer

Salas de lo Contencioso-administrativo en materia de Ordenanzas Fiscales, si anularen el acto objeto de recurso, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados.

58.- El párrafo primero del artículo 120 de la L.P.A. de 1958 establecía que “La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”.

efectivo el principio de retroactividad de la norma más favorable en materia sancionadora (vide artículo 128.2 de la Ley 30/1992), deje a salvo "... el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente". Además, dicho precepto, y la remisión que al mismo efectúa el artículo 126.2, plantea la posible contradicción con la regla del artículo 126.5 (no afectación de la situación concreta derivada de la sentencia firme del recurso indirecto). Ciertamente, la posibilidad de conflicto será inusual ya que la anulación del precepto, vía cuestión de ilegalidad, será coincidente con la consideración de ilegalidad que produjo la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto. No obstante, dicho conflicto podrá producirse en los casos en que la anulación derivada de la cuestión de ilegalidad sea más amplia que lo considerado al resolver el recurso indirecto, en general en casos en que, por aplicación del artículo 33.3, se produzca la extensión a otros preceptos, por razones de conexión o consecuencia. Pero si se da el supuesto del inciso final del artículo 73, no cabrá al mismo tiempo aplicar la remisión del artículo 126.2 y la literalidad del artículo 126.5. La doctrina estima que la contradicción puede salvarse mediante una interpretación que los compagine, afirmando que "... si damos al apartado 5 el valor de regla general, semejante al primer inciso del artículo 73, pero sin perjuicio de la excepción contemplada en el segundo inciso del propio artículo 73, resultan aplicables ambos preceptos de manera coordinada y no contradictoria"⁵⁹. En cualquier caso resulta patente que la regla de no afectación de la situación jurídica concreta derivada de la sentencia firme cede si la anulación del precepto, en la sentencia que pone fin a la cuestión de ilegalidad, conlleva la exclusión o la reducción de una sanción no ejecutada completamente, por el mayor alcance de la regla constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables.

E.- Recurso contra la sentencia.

Si la sentencia declara nula (por ser estimatoria) o conforme a Derecho (por ser desestimatoria) la disposición general, cabrá en todo caso recurso de casación por aplicación de la regla contenida en el artículo 86.3, que "...podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia..." (artículo 89.3 de la Ley 29/1998).

59.- Pascual Sala Sánchez, Juan Antonio Xiol Rios y Rafael Fernández Montalvo, en los Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, en lo relativo al artículo 126 (pág. 1017 a 1021, Tomo VIII).

Dicha posibilidad pone de manifiesto que el argumento de la dilación del proceso que se achacaba a la construcción de la cuestión de ilegalidad como análoga a la cuestión de inconstitucionalidad puede resultar, en parte, discutible si se tiene en cuenta que el proceso del recurso indirecto se cierra, ciertamente, con mayor rapidez, pero, en cambio, se dilata la solución final acerca de la adecuación a Derecho de la disposición general que puede dar lugar hasta a cuatro instancias. Así ocurrirá si se formula recurso indirecto contra un acto de aplicación de una Orden Ministerial que sea competencia inicial del Juzgado (1), y frente al que quepa recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (2). La sentencia firme estimatoria de este último pondrá fin al proceso al acto, pero si el Tribunal Superior de Justicia no ostenta competencia para el recurso directo contra la Orden Ministerial, como en efecto ocurre, deberá plantear cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional(3), cuya sentencia que declare nula o conforme a Derecho la disposición general dará lugar a recurso de casación ante el Tribunal Supremo.(4).

Finalmente, cuando la sentencia sea firme, el artículo 126.3 impone que se comunique al Juez o Tribunal que planteó la cuestión de ilegalidad.

F.- *Publicación.*

También en este extremo, como en otros muchos de los ya examinados, la analogía y paralelismo entre la cuestión de ilegalidad y el recurso directo contra reglamentos produce, como consecuencia, que la insuficiente regulación del procedimiento especial (artículos 123 a 126 de la Ley 29/1998) se complete con una amplia remisión, efectuada por el artículo 126.2, a las reglas generales, y a las particulares de los efectos de la sentencia, relativas al recurso directo contra reglamentos. Entre las primeras debemos ahora referirnos al artículo 72.2 según el cual será necesaria la publicación del fallo, con inclusión de los preceptos anulados, en el mismo periódico oficial en que se hubiera publicado la disposición general afectada por el contenido anulatorio de la sentencia firme que resuelve la cuestión de ilegalidad.

Además, en relación a la cuestión de ilegalidad se va más allá, ya que el inciso final del artículo 126.2 exige que “Se publicarán también las sentencias firmes que desestimen la cuestión”. A nuestro juicio, dicha regulación merece elogio porque la cuestión de ilegalidad se vincula a la depuración del ordenamiento jurídico y a las exigencias del principio de seguridad jurídica. Conviene no olvidar que existe una sentencia firme estimatoria de un recurso indirecto fundada en que un Juez o Tribunal ha considerado que la norma aplicada era ilegal y contraria al ordenamiento jurídico. Este hecho diferencial, con respecto al recurso directo contra reglamentos, justifica plenamente la publicación, también, de las sentencias

firmes desestimatorias de la cuestión de ilegalidad. Publicación que, aunque no se precisa, deberá realizarse en el mismo periódico oficial en que se publicó la disposición cuestionada.

G.- *Condena en costas.*

Nada dice la Ley 29/1998 sobre la condena en costas en el procedimiento especial relativo a la cuestión de ilegalidad. Habrá que estar, por lo tanto, a las reglas generales del artículo 139 de la Ley 29/1998. En cuanto a la primera o única instancia es evidente que la regla de la mala fe o temeridad (artículo 139.1) no puede atribuirse al Juzgado o Tribunal a quien sólo se impone el deber de plantear la cuestión de ilegalidad sin ser parte, siendo también muy improbable que pueda imputarse a la Administración autora de la disposición general o del acto de aplicación que ostentarán la posición de partes demandadas. Esta última porque en definitiva resolvió de acuerdo con lo establecido en la disposición general; y la primera por ser improbable la temeridad o mala fe en la aprobación de una disposición general. Si, en virtud del artículo 86.3 (sentencia de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia que declare nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general), estuviéramos en vía de recurso de casación, se impone el criterio del vencimiento (artículo 139.2) salvo que, razonándolo debidamente, se aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición de costas.

6.- Cuestión de ilegalidad y extensión de efectos de las sentencias.

Para cerrar el análisis de la cuestión de ilegalidad resulta necesario examinar su alcance en los supuestos en que se plantee la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria firme del recurso indirecto a favor de otras personas, sea por la vía del artículo 110⁶⁰ de la Ley 29/1998, que la permite y regula en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, sea en el caso del denominado “proceso testigo” a que se refieren los artículos 37.2 y 111. El problema se plantea, en uno y otro caso, cuando la sentencia firme estimatoria del recurso indirecto resulta desautorizada, en cuanto a la consideración de la ilegalidad de la disposición general aplicada, por la sentencia firme dictada en la cuestión de ilegalidad que, por el contrario, la declara plenamente ajustada al ordenamiento jurídico. La insatisfacción que en tal caso produce el mantenimiento de la situación

60.- Conviene advertir que los artículos 37 y 110 de la Ley 29/1998 han sido modificados, para introducir determinados retoques y perfeccionamientos técnicos, por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

jurídica concreta del acto anulado se incrementa si dicha “injusta” solución ha extendido sus efectos a terceros mientras aquella cuestión de ilegalidad se tramitaba y resolvía. Parece claro que el problema descrito exige que se aplique el artículo 126.4 con la consiguiente preferencia reforzada en la tramitación y resolución de la cuestión de ilegalidad pendiente. Tampoco parece dudoso que a partir de la sentencia firme recaída en la cuestión de ilegalidad habrá que desestimar los incidentes que se incoen o estén pendientes para la extensión de los efectos de la sentencia del recurso indirecto a terceros. A tal finalidad podría servir lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 110.5, que, por remisión expresa, también resulta aplicable al supuesto del artículo 111, es decir, “si existiera cosa juzgada” o, al menos “cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99”.

Con todo, la problemática de mayor interés viene suscitada por la posibilidad de suspensión del incidente de extensión de los efectos de la sentencia del recurso indirecto hasta que se resuelva la cuestión de ilegalidad. Ciertamente, el artículo 110.6⁶¹ sólo prevé dicho efecto suspensivo en caso de que se encontrara pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de ley, pero no se cita expresamente la cuestión de ilegalidad. Además, en los casos de extensión de los efectos de la sentencia recaída en el “proceso testigo”, el artículo 111 se remite a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, pero no al 6. A nuestro juicio, el segundo problema tiene su origen en una deficiente técnica legislativa imputable a la modificación del artículo 110 operada por la Ley Orgánica 19/2003, puesto que la redacción originaria de este último sólo tenía cinco apartados, de modo que la remisión al apartado 5 incluía el efecto suspensivo aludido. La modificación dividió el apartado 5 en dos: las causas de desestimación del incidente –que continúa siendo el apartado 5– y el efecto suspensivo de la pendencia de recurso de revisión o de casación en interés de ley –que ha pasado del apartado 5 al 6–. Lo que no hizo, aunque se presentaba como ineludible, fue modificar correlativamente el artículo 111 –que permaneció inmodificado– para que la remisión que el mismo contiene alcanzara, también, al apartado 6.

Constatada la “omisión” legislativa que, a nuestro juicio, debe suplir una

61.- Dicho artículo tiene su reflejo en la previsión del apartado 1.c) del mismo artículo cuando matiza el plazo de un año para solicitar la extensión de los efectos de la sentencia precisando que “... si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste”.

correcta interpretación sistemática e histórica, debemos añadir que, en uno y otro caso –artículos 110 y 111–, la cuestión de ilegalidad debería cumplir, por identidad de razón, que conlleva la aplicación analógica, el efecto suspensivo que se atribuye a la pendencia del recurso de casación en interés de ley.

Ciertamente, podría aducirse, en contra, la literalidad del artículo 26.2 según el cual la desestimación de un recurso directo contra reglamento (al que, desde luego, se asimila la cuestión de ilegalidad) no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad de aquél, e, incluso, la aplicación del principio de igualdad alegando el derecho a ser tratados de forma idéntica a quien obtuvo la sentencia estimatoria del recurso. Ambos argumentos no resultan decisivos para impedir la aplicación analógica que conduzca a la suspensión del incidente de extensión de efectos de la sentencia hasta que recaiga sentencia firme en la cuestión de ilegalidad, por cuanto sólo aplazaría la aplicación del artículo 26.2 o del principio de igualdad. No obstante, si se confirmara la validez de la norma reglamentaria, habría que desestimar –conforme a lo ya dicho– las solicitudes de extensión de los efectos de la sentencia que estuvieran pendientes.

En cualquier caso, los Tribunales sostienen que “el planteamiento de la cuestión de ilegalidad no es obstáculo para que se extiendan los efectos de una sentencia”⁶². En concreto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de mayo de 2001 –Aranz. 230722–, lo razona del siguiente modo, al analizar la similitud y paralelismo entre la cuestión de ilegalidad y el recurso de casación en interés de ley a efectos de suspender, por pendencia de la primera, la tramitación de incidentes de extensión de efectos de las sentencias:

“Es cierto que ambos procedimientos buscan la seguridad jurídica, así, la cuestión de ilegalidad decidiendo definitivamente respecto de la legalidad o no de una disposición general, y el recurso de casación en interés de ley garantizando la interpretación uniforme de una norma. Es cierto que la sentencia que se dicta en ambos supuestos no modifica la situación jurídica individualizada reconocida en las sentencias iniciales las cuales devinieron firmes. Sin embargo, también son de apreciar importantes diferencias, y así mientras la cuestión de ilegalidad está contemplada como un procedimiento especial en el que el objeto del recurso no es un acto administrativo, sino una disposición de carácter general que ha sido inaplicada en otro procedimiento en que se enjuiciaba un acto que tenía su base en esa disposición, por ser

62.- Así se pronuncian, entre otras, las sentencias del T.S.J. de Castilla y León de 13, 20 y 27 de septiembre de 2002 –Aranz. N° 230427, 2409012 y 36011– citadas por Matilde Carlón Ruiz en la pág. 159 de la obra ya citada.

contraria a derecho. Sin embargo, el recurso de casación en interés de la ley es un recurso en el que lo que se revisa es la interpretación de las normas contenidas en una sentencia. Pero con un matiz muy importante, cual es que esa interpretación cause grave daño al interés general, lo que justifica plenamente el diferente tratamiento a efectos de suspensión, así, solo en el supuesto en el que esté en juego un grave daño al interés general con la extensión de efectos de una sentencia que se considera causa grave daño a ese interés general procederá la suspensión de la decisión, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues de hecho no se ha interpuesto el recurso contra la sentencia de esta Sala que confirmó parcialmente la del Juzgado, pese a ser sentencia de esta Sala susceptible de recurso de casación en interés de ley, recurso que en su caso habría impedido la extensión de efectos de la sentencia firme de acuerdo con el artículo 110.5, sin necesidad de acudir ahora a una interpretación analógica, que por lo que se ha dicho, no es posible”.

Parece, en consecuencia, que el Tribunal Superior de Justicia no considera que el planteamiento de la cuestión de ilegalidad constituya “un grave riesgo para el interés general”. No compartimos tal criterio, por cuanto está en juego la validez o ilegalidad de una norma y, en consecuencia, la depuración del ordenamiento jurídico y la integridad del principio de seguridad jurídica. Es claro que sería deseable que el artículo 110.6 incorporara la referencia expresa a la cuestión de ilegalidad, como lo es, también, que debería salvarse la omisión del artículo 111, según lo expuesto. Pero si tales subsanaciones no se producen, creemos más ajustada la interpretación analógica que conduce a la suspensión de los incidentes de extensión de efectos de la sentencia mientras se tramita y resuelve la cuestión de ilegalidad.

VI CONCLUSIONES

Primera.- La potestad reglamentaria constituye el poder atribuido a la Administración de dictar normas que se incorporan al ordenamiento jurídico. Este último dato es el que caracteriza esencialmente al reglamento y lo distingue del acto administrativo, sin que, en cambio, resulten decisivos la forma adoptada o el procedimiento de elaboración.

Segunda.- La primera manifestación del “control” jurisdiccional de los reglamentos, mediante la técnica de inaplicación de los considerados ilegales, se estableció en el artículo 7.1 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 dirigido a todos los órdenes jurisdiccionales y hoy se mantiene, con igual alcance, en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nº 6/1985, de 1 de julio.

Tercera.- El control directo de los reglamentos, con posibilidad anulatoria de los mismos, no se atribuyó a la jurisdicción contencioso-administrativa hasta la entrada en vigor de su ley reguladora, de 17 de diciembre de 1956 (recurso directo). Hasta entonces sólo cabía la impugnación de resoluciones (actos administrativos), aunque se fundara en que la disposición general correctamente aplicada infringiera la Ley originaria del derecho particular lesionado (recurso indirecto). El control anulatorio sólo alcanzaba al acto administrativo impugnado, ya que, acerca del reglamento considerado ilegal, se limitaba a su inaplicación –como los demás órdenes jurisdiccionales–.

Cuarta.- El control directo y anulatorio de los reglamentos, instaurado por la Ley de 1956, resultaba insuficiente por someterse al breve plazo de interposición de dos meses desde la publicación e, inicialmente, por las limitaciones establecidas para la legitimación activa (que fueron suprimidas por una pronta jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la sentencia nº 60/1982); el control indirecto de los reglamentos era insatisfactorio por limitarse a la inaplicación de los considerados ilegales, sin alcanzar, en ningún caso, su anulación, de modo que podía ser reiteradamente aplicado de nuevo, con la posibilidad evidente de dar lugar a sentencias contradictorias y grave riesgo para el principio de seguridad jurídica.

Quinta.- La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mantiene tanto el recurso directo como el denominado recurso indirecto, e, incluso, la regla de que “La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior” (artículo 26.2) que, desde luego, no puede interpretarse como una excepción al principio general de cosa juzgada.

Sexta.- Las soluciones que incorpora la Ley 29/1998 a la situación insatisfactoria creada por la anterior regulación del denominado recurso indirecto suponen:

- 1.- La regla preferente de los apartados 2 y 3 del artículo 27 según la cual, cuando el Juez o Tribunal que conoce del recurso indirecto es también competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, deberá declarar su validez o nulidad (con superación del principio de congruencia) y en todo caso cuando, en cualquier grado, conozca el Tribunal Supremo (con superación del principio de competencia).
- 2.- La regla subsidiaria del apartado 1 del artículo 27 según la cual,

cuando el Juez o Tribunal que conoce del recurso indirecto no es competente para conocer del recurso directo contra la disposición general, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal que resulte competente para este último, con el objetivo de conseguir un auténtico control anulatorio “erga omnes” de la disposición general cuestionada.

Séptima.- La ampliación, “de lege ferenda”, del recurso de casación para que tengan acceso al mismo todas las sentencias recaídas en impugnaciones indirectas de disposiciones generales (con superación de la literalidad del artículo 86.3 de la Ley 29/1998), unida a la regla del artículo 27.3, convertiría en residual la necesidad de plantear cuestión de ilegalidad para aquellos supuestos en que las partes no utilizaran los recursos de apelación o casación que hubieran servido para posibilitar el control anulatorio de la disposición general cuestionada en el recurso indirecto.

Octava.- La cuestión de ilegalidad es un proceso que “deben” iniciar los Jueces o Tribunales que el juzgar un acto de aplicación del reglamento dicten sentencia firme estimatoria por apreciar la ilegalidad de este último, sin que puedan declarar su nulidad por ser incompetentes para ello. Para su tramitación la Ley 29/1998 prevé un procedimiento especial que se regula en los artículos 123 a 126.

Novena.- Constituyen presupuestos que obligan al planteamiento de la cuestión de ilegalidad los siguientes:

- 1.- Que se haya formulado recurso contencioso-administrativo contra un “acto” de aplicación de una disposición general fundado en que esta última no es conforme a derecho. A nuestro juicio también resulta útil y aplicable cuando se impugna una “norma” de desarrollo de otro reglamento superior fundado en que este último no es conforme a derecho, e, incluso, en todo supuesto en que cualquier orden jurisdiccional o, al menos, el contencioso-administrativo haya inaplicado un reglamento por considerarlo ilegal. Se desvincularía con ello la cuestión de ilegalidad de la previa existencia del denominado recurso indirecto.
- 2.- Que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto no sea competente para conocer, también, del recurso directo contra la disposición general aplicada y considerada ilegal, ya que, en caso contrario, deberá proceder a efectuar directamente el control anulatorio de la disposición general.
- 3.- Que en el recurso indirecto haya recaído la sentencia estimatoria firme por considerar ilegal el “contenido” de la disposición general

aplicada. A pesar de la literalidad de dicho presupuesto y de la doctrina jurisprudencial mayoritaria, estimamos que la impugnación indirecta del reglamento aplicado puede fundarse en motivos formales o procedimentales y así parece confirmarlo el artículo 125.3 cuando posibilita, para mejor proveer, que el Tribunal que conoce del procedimiento especial en que consiste la cuestión de ilegalidad reclame el expediente de elaboración de la disposición.

Décima.- El procedimiento especial en que consiste la cuestión de ilegalidad se caracteriza, en síntesis, por los siguientes rasgos:

- 1.- Máxima celeridad en su tramitación al prever como único trámite preceptivo el de alegaciones de las partes que se personen en el plazo de quince días.
- 2.- Trámite de admisión, sin necesidad de audiencia de las partes, cuando faltaren las condiciones procesales.
- 3.- Doble preferencia para su tramitación y resolución: la primera derivada de la amplia remisión a la regulación del recurso directo contra disposiciones generales; y la segunda, de carácter específico para los casos en que la cuestión de ilegalidad sea de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos.
- 4.- Remisión generalizada, para completar la escueta regulación del procedimiento especial, a las reglas aplicables al recurso directo contra reglamentos.
- 5.- La sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afecta a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia firme estimatoria dictada por el Juez o Tribunal que la planteó, lo que acerca su naturaleza al recurso de casación en interés de ley, del que lo separa que se trata de un proceso de instancia y no de una impugnación o recurso.

Undécima.- La cuestión de ilegalidad debería producir la suspensión del incidente de extensión de efectos de la sentencia del recurso indirecto, sea por la vía del artículo 110 de la Ley 29/1998 (en materia tributaria y de personal), sea por la del artículo 111 (en los supuestos de proceso-testigo). Dos son las dificultades a solventar: la primera deriva de que en el artículo 110.6 dicho efecto suspensivo sólo se prevé en caso de estar pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de ley; la segunda trae causa de que el artículo 111 sólo se remite a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110, pero no al 6.

La primera cuestión podría resolverse estimando comprendida la cuestión

de ilegalidad, por analogía con el recurso de casación en interés de ley, pero no es ésta la solución aceptada por diversas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, de los años 2001 y 2002.

La segunda cuestión proviene de que la modificación del artículo 110 llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003 dividió el apartado 5 en dos, pero no se modificó, correlativamente, como resultaba necesario, la remisión del artículo 111 que no se extendió al apartado 6 que se creaba, aunque su contenido estaba contemplado en el apartado 5 originario que sí se comprendía en la remisión. Se trata de un problema de técnica legislativa que puede superarse con la adecuada interpretación sistemática e histórica.