

CASACIÓN Y CUESTIÓN DE ILEGALIDAD: UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

MATILDE CARLÓN RUIZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

1. *Introducción.*—2. *Sentido y alcance de la cuestión de ilegalidad en el contexto de la Ley 29/1998: su obligada consideración como —imprescindible— mecanismo de cierre.*—3. *La restrictiva interpretación del artículo 86.3 LJCA por el Tribunal Supremo y la consiguiente ampliación del ámbito de la cuestión de ilegalidad.*—4. *Las negativas consecuencias de esta jurisprudencia, particularmente en los casos de extensión de efectos de la sentencia a quo.*—5. *A modo de conclusión.*

RESUMEN

El presente artículo reflexiona sobre el papel que debe jugar la cuestión de ilegalidad como mecanismo de cierre del sistema de control de las normas reglamentarias. A tales efectos, se critica la interpretación que el Tribunal Supremo viene haciendo del artículo 86.3 de la LJCA, que impide el acceso a la casación de las sentencias que precisamente, una vez firmes, obligan al planteamiento de la cuestión de ilegalidad. De este modo, se amplía el ámbito de este procedimiento y, con ello, se multiplica la posibilidad de que se dicten sentencias desestimatorias de cuestiones de ilegalidad. Estas sentencias constituyen el punto débil del sistema, ya que confirman la legalidad de un reglamento cuya consideración de ilegalidad determinó la resolución del proceso *a quo*, lo que plantea mayores dificultades cuando en este proceso hubieran entrado en juego los mecanismos de extensión de efectos de la sentencia previstos en los artículos 110 y 111 de la LJCA.

Palabras clave: cuestión de ilegalidad; casación; reglamento; efectos de sentencia.

ABSTRACT

This article discusses the role to be played by the «cuestión de ilegalidad» as closing mechanism of the judicial review system of regulations and ordinances. Therefore it criticises the position of the Supreme Court when applying article 86.3 LJCA, as far as it does not allow this Court to decide in «casación» on the kind of sentences which would force a «cuestión de ilegalidad» process. Consequently, the scope of this new process expands, multiplying the risk of sentences rejecting «cuestiones de ilegalidad». These sentences show the weakness of this procedure, provided that they confirm the legality of a regulation which was considered non-legal in the process *a quo*. This situation is particularly risky when the sentence which was pronounced in the previous process is to be extended under articles 110 and 111 LJCA.

Key words: «cuestión de ilegalidad»; «casación»; regulations; judicial review.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se van a cumplir siete años desde que entrara en vigor la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹, tenemos ya suficiente perspectiva para valorar algunas de las novedades, de principio y de detalle, que incorporó esta Ley. Ha sido éste, en efecto, a pesar del proverbial retraso de nuestros Tribunales, tiempo suficiente para que la mayoría de estas novedades hayan tenido ocasión de ser aplicadas en la práctica, de modo que contamos ya con cierto acervo jurisprudencial sobre ellas que, amén de arrojar luz sobre algunas de las dudas interpretativas que el texto legal plantea, permite confirmar —o, a veces, desmentir— los principios mismos en los que se pretendió basar el acierto de las propuestas incorporadas al texto de 1998 frente a su antecedente, la Ley de 1956.

Éste ha sido, de hecho, el caso en relación con una de las más importantes novedades que introdujo la Ley de 1998, particularmente en lo que se refiere al control de la potestad reglamentaria de la Administración. Nos referimos, obviamente, a la cuestión de ilegalidad, creada por los artículos 27 y 123 a 127 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como un mecanismo para la depuración del ordenamiento jurídico a resultas —en principio, exclusivamente— de los recursos indirectos contra reglamentos, toda vez que en el marco de la Ley de 1956 la jurisprudencia se había negado de forma casi unánime a considerar este proceso como vía idónea para dotar de efectos generales a la hipotética consideración de ilegalidad de la norma reglamentaria aplicada por el acto recurrido.

No se puede, sin embargo, entender la novedad que supone la cuestión de ilegalidad en el sistema de depuración del ordenamiento jurídico sin reparar en que la misma Ley introduce por primera vez una regla fundamental: el Juez o Tribunal que conozca indirectamente de un reglamento respecto de cuyo recurso directo sería competente debe dotar de efectos generales a su valoración sobre la validez de la norma, de modo que, si la considera ilegal, su sentencia supondrá la definitiva expulsión del ordenamiento jurídico de la norma reglamentaria en cuestión. Esta precisión, contenida en los apartados 2 y 3 del mismo artículo 27, dota de un perfil definitivo al recurso indirecto y, por ende, a la cuestión de ilegalidad, que queda relegada al —por lo demás, no poco importante— papel de mecanismo de cierre

¹ Recordemos que, conforme a lo previsto en la Disposición final tercera de la Ley, ésta entró en vigor —con carácter general— a los cinco meses de su publicación en el *BOE*. Teniendo en cuenta que se publicó el 14 de julio de 1998, la Ley entró en vigor el 14 de diciembre de ese año.

del sistema, por ser un procedimiento de obligado planteamiento por el Juez o Tribunal que hubiera dictado una sentencia *firme* —en principio, exclusivamente— estimatoria en un recurso indirecto contra reglamentos sin ser competente para haber conocido del correspondiente recurso directo ante el Tribunal que, precisamente, hubiera podido conocer de tal recurso directo frente a la norma.

Queda, así, diseñada la cuestión de ilegalidad como un procedimiento obligatorio que se plantea con intención meramente profiláctica una vez ha sido definitivamente resuelto, con carácter *firme*, el recurso contra el acto que dio lugar a la duda sobre la legalidad de la norma que aquél venía a aplicar. El carácter radicalmente subordinado de la norma reglamentaria —reflejado en la regla de la inaplicación del reglamento ilegal, contenida en el artículo 6 de la LOPJ— y el pretendido respeto a las normas de distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos son los elementos claves que invitan —si no obligan— a descartar toda solución prejudicial de la cuestión. Con ello, sin embargo, se genera un claro riesgo: que se produzca una contradicción entre la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad por parte del único órgano jurisdiccional competente para pronunciarse con efectos generales sobre la legalidad de la norma —de ahí, precisamente, la necesidad de instar la cuestión de ilegalidad— y la sentencia que en su momento resolvió el recurso indirecto.

Es, en efecto, cuando la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad es *desestimatoria* cuando este nuevo mecanismo muestra su más clara debilidad, ya que la consiguiente confirmación de la validez de la norma no puede trasladarse de ninguna forma al supuesto que dio origen a tal cuestión, toda vez que en el correspondiente recurso indirecto ya se dictó sentencia *firme* por entender inválida la norma reglamentaria cuestionada. Así lo confirma, por otra parte, el artículo 126.5 de la Ley, según el cual «*la sentencia que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquella*». El problema se agrava si en la fase de ejecución de la sentencia dictada en el proceso *a quo* hubieran entrado en juego los mecanismos previstos en los artículos 110 ó 37.2 y 111 de la propia LJCA, ampliando sus efectos a otros asuntos.

Con todo, esta debilidad de la cuestión de ilegalidad puede, sin embargo, ser asumida como mal menor en aras a la más global depuración del ordenamiento siempre que la cuestión de ilegalidad quede acotada a sus justos —e insustituibles— términos de mecanismo de cierre. Para ello es fundamental que el sistema de recursos contra sentencias esté adecuadamente ajustado para permitir que

por esta vía, siempre que la voluntad y la pericia de las partes en el proceso *a quo* lo hagan posible, pueda coincidir en el mismo órgano jurisdiccional la competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo respecto de la misma norma cuestionada y, con ello, entre en juego la regla de los apartados 2 y 3 del artículo 27 de la Ley de 1998 para dotar de efectos generales a la valoración de la norma reglamentaria con ocasión de conocer del acto que la aplica. Se reduciría, de este modo, el riesgo de contradicción que, como hemos visto, es inherente a la cuestión de ilegalidad.

No ha sido ésta, sin embargo, la visión del Tribunal Supremo. Bien al contrario, el Alto Tribunal, concretamente en relación con el recurso de casación, ha acuñado una restrictiva interpretación del artículo 86.3 de la LJCA, referido al acceso a la casación de las sentencias que declaren la conformidad o no a Derecho de normas reglamentarias, a resultas de la cual —y por la voluntad expresa del Alto Tribunal— se ha ampliado el ámbito de la cuestión de ilegalidad y, con ello —aun cuando el Tribunal no ha sido, seguramente, consciente de ello—, el riesgo de que se dicten sentencias desestimatorias en estos procedimientos. Prueba de ello es la proliferación de sentencias desestimatorias dictadas por el Tribunal Supremo en cuestiones de ilegalidad.

A estas sentencias haremos referencia en este estudio, cuya intención no es otra que llamar la atención sobre una jurisprudencia —cifrada en varios autos del Tribunal Supremo, que citaremos— que, lejos de tener un alcance menor, puede empañar el valor de la cuestión de ilegalidad como mecanismo de cierre en el sistema de depuración del ordenamiento jurídico. Precisamente por ello, parece imprescindible acotar, aunque sea resumidamente, el sentido y alcance de la cuestión de ilegalidad, tal y como ha quedado definitivamente configurada en la Ley 29/1998, frente a las carencias del sistema de control de reglamentos ilegales contenido en la Ley de 1956. Sólo sobre estas bases podremos reconocer la importancia de la jurisprudencia que comentamos en cuanto que amplía innecesariamente el ámbito de la cuestión de ilegalidad, acentuando, con ello, sus debilidades. Veámoslo, pues, con cierto detalle.

2. SENTIDO Y ALCANCE DE LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA LEY 29/1998: SU OBLIGADA CONSIDERACIÓN COMO —IMPRESCINDIBLE— MECANISMO DE CIERRE

Tal y como venimos destacando, la naturaleza y virtualidad de la cuestión de ilegalidad sólo se puede comprender desde el análisis de todo el sistema de control de reglamentos. Es más, como ocurre en

relación con todas las instituciones jurídico-públicas, para entender el sentido y alcance de la introducción de la cuestión de ilegalidad en el sistema de depuración del ordenamiento jurídico no bastará simplemente con indagar en el encaje de esta peculiar figura entre los procedimientos de control de la potestad reglamentaria contemplados por la propia Ley 29/1998 —como los recursos directos e indirectos contra reglamentos—; ni siquiera, ampliando la perspectiva, entre los que en otras Leyes de alcance más general puedan haber sido previstos —como la regla de la inaplicación del reglamento ilegal que postula el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—. La propia cuestión de ilegalidad y todo el vigente sistema de control de las disposiciones generales sólo se pueden comprender si se estudia, aun cuando sea someramente, el origen y evolución de las distintas técnicas creadas a estos efectos.

No es ésta, sin embargo, la ocasión adecuada para profundizar en esta indagación histórica². A los efectos de lo que ahora nos interesa, nos bastará recordar el antecedente inmediato del régimen de control de normas reglamentarias contenido en la Ley 29/1998 y frente a cuyas carencias pretende, precisamente, reaccionar esta Ley. Nos estamos refiriendo al sistema de recursos directo e indirecto contra reglamentos concebidos en el artículo 39 de la Ley de 1956 y, particularmente, a la jurisprudencia que interpretó, en términos restrictivos, su alcance.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956 introdujo, con carácter general, en nuestro ordenamiento un recurso directo contra reglamentos, que ya se había ensayado en el ámbito local y, en menor medida, en la llamada Jurisdicción de Agravios. De este modo, se vino a sumar un mecanismo de control *directo* de las normas reglamentarias —con el efecto inmediato de la expulsión definitiva del ordenamiento de la norma reglamentaria considerada ilegal, aun en el plazo limitado de dos meses desde su aprobación— al ya conocido mecanismo del recurso *indirecto*, recurso dirigido de forma *directa* contra un acto administrativo e *indirecta* contra el reglamento que aquél viniera a aplicar. La jurisprudencia restringió, sin embargo, la posibilidad de que el recurso indirecto se contagiara de la nueva virtualidad incorporada por el recurso directo, de modo que impidió que al resolver un recurso indirecto el órgano jurisdiccional pudiera, en ningún caso, dotar de efectos generales a su valoración de invalidez de la norma reglamentaria aplicada por el acto. Con ello, el recurso indirecto quedó anclado en los estrechos límites de la regla de

² Al respecto, y en general sobre la cuestión de ilegalidad, nos remitimos a nuestra monografía, de reciente publicación en Thomson-Civitas, *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, 2005.

la inaplicación del reglamento ilegal, la primera que históricamente se incorporó —genéricamente para todos los órdenes jurisdiccionales— como mecanismo de control de la potestad reglamentaria.

Efectivamente, el entonces artículo 7.1 de la Ley —paradójicamente— Provisional de Organización del Poder Judicial, de 1870, antecedente inmediato del vigente artículo 6 de la LOPJ, introdujo para todos los Jueces y Tribunales de cualquier orden la obligación de inaplicar la norma reglamentaria ilegal, con lo que se les atribuyó una función —limitada en cuanto a sus efectos— de depuración del ordenamiento³. Esta regla pasó poco después a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888, primera que reguló propiamente una jurisdicción especial dedicada al control de la actuación administrativa⁴, sin llegar a concebir, en ningún caso, como posible objeto procesal una norma reglamentaria en sí misma considerada⁵. La consideración de la potestad reglamentaria como parte de la función política o de gobierno pesaba, obviamente, en esta concepción restrictiva del control jurisdiccional de la actividad administrativa⁶.

Con todo, como adelantábamos, la generalización del recurso directo contra reglamentos que supuso la aprobación de la Ley de 1956 —que implicaba concebir al reglamento en sí mismo considera-

³ Efectivamente, todos los Jueces y Tribunales, de cualquier orden jurisdiccional, están obligados por la regla del artículo 6 de la LOPJ a inaplicar la norma reglamentaria que estimen ilegal. Basten como ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo —Sala de lo Social— de 8 de diciembre de 1992 (*Aranz.* 10368), 1 de octubre de 1997 (*Aranz.* 4935) y 23 de septiembre de 1999 (*Aranz.* 7487), y —Sala de lo Civil— de 18 de marzo de 1996 (*Aranz.* 2241) y 10 de mayo de 1999 (*Aranz.* 2886).

⁴ 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.

⁵ Conforme a la Ley, únicamente eran impugnables las resoluciones administrativas que hubieran supuesto una lesión efectiva de un derecho subjetivo del recurrente. Además, deberían haber causado estado y corresponderse con facultades regladas, previsiones que hacían, de hecho, «inofensivo» —en explícita expresión de sus redactores— el sistema respecto de la Administración. Vid. al respecto Luis MARTÍN REBOLLO (1986), «El Anteproyecto de Ley de lo Contencioso-administrativo y su contexto histórico: de la Ley de 1888 a la situación actual», *DJ. Monográfico dedicado al Anteproyecto de Ley del Proceso Contencioso-administrativo*, 51, T. XIII, págs. 701-702, quien señala el carácter claramente restrictivo de la Ley, particularmente en relación con su entorno, donde ya existía, concretamente en Francia, el recurso de anulación; y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002), *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Barcelona, Atelier, págs. 180-183.

⁶ Tal y como recuerda Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1959), «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», núm. 30 de esta REVISTA, la consideración de la potestad reglamentaria como parte de la función política o de gobierno sirvió a la jurisprudencia para justificar la inimpugnabilidad de los reglamentos. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 78-79, por su parte, destaca el carácter eminentemente discrecional de la potestad reglamentaria. Respecto de ello no hay que dejar de destacar, sin embargo, que la propia Ley de 1888 era restrictiva en cuanto al objeto del proceso.

do como posible objeto de un recurso contencioso-administrativo— no contagió, sin embargo, en la práctica judicial, a la vieja técnica del recurso indirecto, que siguió anclada en la simple regla de la inaplicación, sin que la jurisprudencia mayoritaria concibiera la posibilidad de dotar de efectos generales a sus fallos basados en la ilegalidad de la norma reglamentaria aplicada por el acto recurrido.

Las negativas consecuencias de tal jurisprudencia —no forzada, como se ha pretendido, por la letra de la Ley⁷— se han demostrado en la multiplicación de sentencias reiterativas sobre asuntos idénticos, no pocas veces contradictorias, toda vez que la imposibilidad de expulsar definitivamente del ordenamiento la norma considerada ilegal implicaba su perpetuación en el tiempo, *pro futuro y pro praeterito*. Así lo denunció tempranamente la mejor doctrina, encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA, que encontró posteriormente en la jurisprudencia constitucional —iniciada con la sentencia 7/1990, de 18 de enero⁸— un nuevo argumento ante la constatación de sentencias dictadas en recursos de amparo y conflictos de competencias que incluían en su fallo anulaciones de normas reglamentarias⁹.

Frente a esta insatisfactoria situación reacciona el legislador de 1998. Consciente de que la norma reglamentaria ilegal es radicalmente nula —como se desprende meridianamente de los artículos 62.2 LRJPAC y 70.2 LJCA¹⁰—, mantiene la doble vía de impugnación

⁷ En este sentido se pronuncia el propio Tribunal Supremo, lo que no deja de ser paradójico. Vid. SSTs de 15 de julio de 2000 (*Aranz*. 7273) y de 6 de octubre de 2003 (*Aranz*. 8567), en interpretación avalada por Mariano BACIGALUPO SAGGESE (1999), «Especialidades de los recursos frente a normas», en Antonio JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ (dir.), *Estudios sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Granada, CEMCI, pág. 225; Joaquín TORNOS MAS (2001), «Procedimientos especiales», en Joaquín LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, págs. 554-556; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002: 84-87), y Dimitry BERBEROFF AYUDA (2004), «La cuestión de ilegalidad», en F. J. SOSPEDRA NAVAS (coord.), *Práctica del proceso contencioso-administrativo*, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, págs. 739-740.

⁸ A ella siguieron, en un breve lapso de tiempo, las sentencias 32/1990, de 26 de febrero; 61/1990, de 29 de marzo, y 78/1990, de 26 de abril, que inician una práctica que continúa.

⁹ En efecto, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1970), *Legislación delegada, potestad reglamentaria con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, Madrid, Tecnos, págs. 21-22, denunció tempranamente las carencias del recurso indirecto contra reglamentos tal y como era restrictivamente interpretado por la jurisprudencia, planteamiento que reiteró en posteriores trabajos, como «La eliminación general de las normas reglamentarias con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 66 (1990), comentando la importancia del referente de la jurisprudencia constitucional.

¹⁰ A pesar de lo cual, autores como Juan Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1999), «Procedimiento especial: cuestión de ilegalidad», en B. PENDÁS GARCÍA (coord.), *Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio sistemático*, Barcelona, Praxis, págs. 490-491, en nota, todavía defienden la posibilidad de reconocer normas reglamentarias meramente anulables, como las que incurran en «infracciones procedimentales importantes o que causen indefensión, pero que no spongán falta total y absoluta de procedimiento» o en «supuestos de incompetencia jerárquica». En términos similares, José María BOQUERA OLIVER (1984), «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *Revista Espa-*

de los reglamentos —el recurso directo y el indirecto—, pero dotando a este último de virtualidad como medio de expulsión del ordenamiento de la norma reglamentaria ilegal. No quiere obviar, sin embargo, el sistema de distribución de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos —uno de los pocos argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para justificar su restrictiva jurisprudencia en aplicación de la Ley de 1956—, de modo que distingue el alcance del pronunciamiento del Juez o Tribunal que conozca de un recurso indirecto contra un reglamento según él mismo sea o no competente para conocer del correspondiente recurso directo. De ser así, deberá dotar de efectos generales a su consideración sobre la validez de la norma, en los términos de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 27; si no fuera doblemente competente en los términos señalados, tendrá que plantear posteriormente —una vez firme su sentencia— la correspondiente cuestión de ilegalidad ante el Tribunal que sea competente para conocer del recurso directo, conforme le exige el apartado 1 del mismo artículo.

En consecuencia, con el pie forzado de garantizar el respeto al orden interno de competencias, se introduce una artificiosa distinción en el objeto del recurso indirecto contra reglamentos que será doble —acto y reglamento— o simple —solamente el acto— según el órgano jurisdiccional que conozca de él fuera competente también para haber conocido del correspondiente recurso directo contra la norma indirectamente impugnada. Lo que conduce, en todo caso, a constatar, en palabras del Tribunal Supremo, que las reglas de los distintos apartados del artículo 27 constituyen dos aspectos de la «*misma institución*»¹¹, algo que, sin embargo, ha olvidado el propio legislador, que apenas presta atención a la virtualidad de la técnica contenida en los apartados 2 y 3 de este artículo¹².

nola de Derecho Administrativo, 40-41, págs. 5-42, distingue los reglamentos nulos de los anulables y de los meramente «irregulares», siendo los vicios de contenido los únicos automáticamente determinantes de nulidad. En estas concepciones, tal y como hace notar Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002: 107-126), pesa la consideración de los reglamentos como actos administrativos a los que, por ende, le serían aplicables las mismas pautas para valorar su nulidad, anulabilidad o su carácter irregular; interpretación ésta que apoya en la jurisprudencia. De hecho, este autor se adhiere a tal consideración.

¹¹ Así lo ha afirmado expresamente el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de enero de 1999 (*Aranz.* 1091), 15 de julio de 2000 (*Aranz.* 7273) y 6 de octubre de 2003 (*Aranz.* 8567).

¹² Resulta, en efecto, criticable que la LJCA no haya recogido en su articulado ninguna especialidad procedimental respecto de este supuesto. Ante el silencio de la Ley, en nuestra opinión, deberían aplicársele —por remisión— los mecanismos previstos en relación con el recurso directo contra reglamentos, y muy especialmente aquellos referidos a la preferencia y a la audiencia de las partes; asumiendo en particular la llamada al procedimiento de aquellos interesados en la conservación o anulación de la norma reglamentaria, aun cuando puedan no estar legitimados en relación con el acto recurrido.

A la luz de lo anterior, queda así configurada la cuestión de ilegalidad como un procedimiento que ha de ser obligatoriamente planteado de oficio por el Juez o Tribunal que hubiera resuelto —en principio, exclusivamente— un recurso indirecto por considerar ilegal la norma reglamentaria aplicada por el acto impugnado ante el Tribunal competente para haber conocido del correspondiente recurso directo¹³. Este perfil definitivo de la cuestión de ilegalidad, abandonada la configuración prejudicial que se proponía en algunos de sus antecedentes¹⁴, responde sustancialmente —más allá de las obvias dificultades prácticas que planteaba tal modelo prejudicial— a la necesidad de respetar la facultad de todos los Jueces y Tribunales —también los contencioso-administrativos— de inaplicar la norma reglamentaria ilegal relevante al caso¹⁵.

Reside ahí, precisamente, la mayor debilidad de la cuestión de ilegalidad, que, planteada con posterioridad a haberse resuelto —con

¹³ En nuestra monografía *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, citada en nota 2, defendemos la ampliación del mecanismo de la cuestión de ilegalidad más allá de los supuestos de recursos indirectos en sentido estricto, hasta abarcar todos aquellos supuestos en que, por aplicación de la regla del artículo 6 LOPJ, que genera una obligación en los órganos jurisdiccionales, y en pleno respeto a las reglas de ampliación del objeto procesal contenidas en el artículo 33 de la LJCA, el órgano jurisdiccional que conozca de cualquier recurso lo resuelva —en sentido estimatorio o desestimatorio— sobre la base de considerar ilegal una norma reglamentaria relevante en el supuesto objeto de recurso.

¹⁴ El Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, en sus artículos 26 y 122 y siguientes, se decantó por un modelo prejudicial [vid. al respecto Alfonso PÉREZ MORENO (coord.) (1995), *La reforma del proceso contencioso-administrativo (Jornadas de Estudio sobre el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, celebradas en Sevilla los días 10 y 11 de febrero de 1995)*, Pamplona, Aranzadi], modelo que defendió igualmente el Grupo Parlamentario Izquierda Unida mediante enmiendas al Proyecto de Ley finalmente presentado al Congreso (vid enmiendas núms. 142 y 143 en el Congreso —BOCG. Congreso, de 24 de noviembre de 1997, Serie A, núm. 70-8, pág. 88—). La razón de ser de este modelo se basaba en la intención de resolver el recurso indirecto conforme al criterio definitivo sobre la validez de la norma reglamentaria aplicada por el acto que sólo el Tribunal competente respecto del mismo puede emitir, de modo que se había configurado la cuestión de ilegalidad como un procedimiento incidental de carácter prejudicial a resolver dentro del proceso abierto por el recurso indirecto. La cuestión se promovía por el Juez, una vez concluido el procedimiento, dentro del plazo para dictar sentencia y previa audiencia de las partes. Esta configuración prejudicial de la cuestión de ilegalidad obligaba, además, a aportar un juicio de relevancia semejante al previsto en la cuestión de inconstitucionalidad, porque sólo se podría justificar tener suspendido el proceso principal durante seis meses si efectivamente la nulidad del acto impugnado dependiese de la declaración de nulidad del reglamento por él aplicado.

¹⁵ Las matizaciones en este sentido incorporadas al modelo estrictamente prejudicial contenido en el Anteproyecto de 1995, aunque se recogieron igualmente en el «Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995», *Cuadernos del CGPJ*, número monográfico, Madrid, 1995, págs. 179-180, proceden del Prof. TORNOS MAS, tal y como recuerda en Joaquín TORNOS MAS (2001: 561-562), aun cuando él mismo asume que de este modo se pueden producir contradicciones entre resoluciones judiciales respecto de la validez del reglamento —concretamente, entre la que resuelva en primer término el recurso indirecto y la que posteriormente se pronuncie sobre la cuestión de ilegalidad—.

carácter *firme*— el proceso *a quo*, no permite, en principio, trasladar a este proceso el definitivo criterio sobre la norma adoptado por el único Tribunal competente para dotarle de efectos generales¹⁶; debilidad que se muestra en toda su crudeza cuando la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad es *desestimatoria*, de modo que se confirma la legalidad de una norma cuya supuesta invalidez sirvió al Juez o Tribunal *a quo* para declarar inválido el acto recurrido. Las consecuencias de la contradicción entre la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad y la sentencia *a quo* se multiplican si esta última ha generado un proceso de extensión de sus efectos en aplicación de lo dispuesto en los artículos 110 y 37.2 y 111 de la Ley, en los términos que tendremos ocasión de analizar.

Bien es verdad que las especialidades que determinan cualquier modelo de control de las normas reglamentarias, derivadas en último término de la naturaleza subordinada de este tipo de normas, impiden alcanzar una fórmula óptima en la que, respetándose esta especial naturaleza, se conjuguen celeridad y unidad de criterio: o se concentra siempre y en todo caso el análisis de la validez de la norma reglamentaria en el único órgano competente para declarar, en su caso, su nulidad con efectos generales —lo que, amén de retrasar el enjuiciamiento de los actos, chocaría con la facultad-deber prevista en el artículo 6 LOPJ—, o se permite a un órgano jurisdiccional no competente para hacer una declaración general en ese sentido que conozca «incidentalmente» sobre la norma reglamentaria a los efectos de enjuiciar el acto (o inactividad) —con el consiguiente riesgo de contradicción entre su criterio y el que finalmente adopte el único órgano competente para conocer de la norma—.

Se hace, en definitiva, evidente la importancia de acotar el papel de la cuestión de ilegalidad a un mero mecanismo de cierre del sistema, imprescindible pero restringido en su ámbito de aplicación. Esta conclusión se explica en la constatación de que la obligación de plantear la cuestión de ilegalidad sólo surge —y esto es de radical importancia— cuando la sentencia dictada en el proceso *a quo* hubiera devenido *firme*, lo que nos permite afirmar que, en la medida en que el régimen de recursos contra sentencias diseñado en la Ley permita residenciar en el órgano jurisdiccional competente para ha-

¹⁶ Decimos «en principio» porque, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley, no cabe descartar que la situación jurídica resuelta por sentencia firme se vea modificada, si bien en un supuesto excepcional. Dependerá, en todo caso, de que la aplicación retroactiva de la sentencia estimatoria de una cuestión de ilegalidad «*supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente*», posibilidad que queda limitada a los casos en los que tal sentencia hubiera anulado —por aplicación de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley— preceptos distintos a los que fueron declarados nulos en el recurso indirecto, nulidad que quedará confirmada.

ber conocido del recurso directo contra una concreta norma las dudas que sobre su legalidad puedan haber condicionado la sentencia *a quo*¹⁷, entrarán en juego las reglas del artículo 27, apartados 2 y 3, y —correlativamente— se reducirá el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad y, con ello, su virtualidad¹⁸. Además, la vía de recurso es óptima, ya que lo que se decida en esta vía sobre la validez de la norma reglamentaria será de aplicación al propio caso resuelto en instancia, cosa que no sucede en la definitiva configuración no prejudicial de la cuestión de ilegalidad¹⁹.

El anterior planteamiento no debe hacernos olvidar que la interposición de los recursos contra sentencias depende de la voluntad —y diligencia— de las partes, de modo que aun cuando la construcción de la vía de recurso hubiera sido diseñada de la manera más ajustada en los términos más arriba descritos, ello reduciría —pero no negaría— la virtualidad de la cuestión de ilegalidad como mecanismo de cierre del sistema de depuración del ordenamiento jurídico, actuable de oficio, para los casos en los que la falta de voluntad o pericia de las partes no haya abierto la vía de recurso²⁰. En qué gra-

¹⁷ Recordemos que, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 245 LOPJ, «*son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley*», mientras que el 369 de la LEC es más claro al afirmar que una sentencia es firme cuando «*no quepa contra ella recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por las partes*».

¹⁸ En palabras de Joaquín TORNOS MAS (2001: 567), «la referencia a la firmeza de la sentencia responde al contenido del artículo 27.2 de la propia Ley. El legislador ha querido solucionar el problema de la declaración de nulidad de la norma acudiendo en primer lugar al propio “iter” del recurso indirecto. Si dentro del mismo se consigue, vía recurso contra sentencia, alcanzar al órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre la validez de la norma, éste resolverá la cuestión en aplicación del citado artículo 27.2. Por tanto, sólo puede plantearse la cuestión de ilegalidad una vez firme la sentencia relativa al recurso indirecto». De hecho, autores como Antonio AGÜNDEZ FERNÁNDEZ (2000), *Ley 29 de 13 de julio de 1998 del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y Jurisprudencia*, Granada, Comares, pág. 374, llegan a afirmar que «el planteamiento de la cuestión ante el tribunal superior cumple la función revisora propia de los recursos, como si el precedente según el caso, de apelación o casación, se formulare de oficio por el Tribunal que dictó la sentencia a revisar», apreciación ésta que —en todo caso— tiene sentido respecto del reglamento, no respecto del acto recurrido. Vid. nota siguiente.

¹⁹ En las elocuentes palabras de la Audiencia Nacional en su sentencia de 1 de febrero de 2002 (Aranz. 144029), contraponiendo los efectos de la sentencia dictada en cuestión de ilegalidad frente a la dictada en recurso de apelación: «(...) la decisión de cuestión de ilegalidad no afecta a la situación jurídica particular contemplada en la sentencia en la que se acuerda su planteamiento ante el tribunal competente, mientras que por la vía del recurso de apelación la consideración de que la norma general en que se funda el acto administrativo impugnado vulnera otra de rango superior o un derecho fundamental, puede determinar la estimación del recurso contencioso y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada».

²⁰ A estos efectos, coincidimos con Joaquín MESSEGUER YEBRA (2001), *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, Barcelona, Bosch, cuando afirma que la «virtualidad de la cuestión de ilegalidad queda devaluada en aquellos casos en que la sentencia estimatoria del recurso indirecto sea recurrida»; aun cuando Germán FERNÁNDEZ FARRERES (1999), «Impugnación de Reglamentos y cuestión de ilegalidad en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Tribunales de Justicia*, 1, pág. 16, llegue a afir-

do se haya dado o no ese ajuste —tanto en la norma como en su interpretación jurisprudencial— es cosa que intentaremos dilucidar en las páginas que siguen²¹, particularmente por lo que se refiere al recurso de casación ordinario²².

Y es que el anterior razonamiento nos obliga a criticar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en interpretación restrictiva del artículo 86.3 de la Ley, impide el acceso a la casación a la mayoría de las sentencias que, precisamente, encajan en el supuesto que da pie al planteamiento de la cuestión de ilegalidad. Veamos en qué términos se plantea esta jurisprudencia.

3. LA RESTRICTIVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 86.3 LJCA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CONSIGUIENTE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

Nos interesa, en efecto, precisar en este momento en qué términos cabrá interponer recursos de casación ordinarios ante el Tribunal Supremo contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional dictadas en atención a la supuesta invalidez de una

mar que la misma virtualidad que se pretende con la cuestión de ilegalidad podría haberse alcanzado con una regulación adecuada de los recursos de apelación y casación, algo que, en nuestra opinión —precisamente como consecuencia del carácter potestativo de los recursos, que este mismo autor recuerda—, no niega la conveniencia de un mecanismo de cierre del sistema que funcione de oficio; argumento también matizado, en el sentido por nosotros propuesto, por Joaquín TORNOS MAS (2001: 568, en nota).

²¹ A los efectos de enervar la obligada interposición de la cuestión de ilegalidad, los recursos que cabe interponer frente a la sentencia del proceso *a quo* son los ordinarios, es decir, dependiendo del órgano que la haya dictado, los de apelación y casación. Entre estos últimos habrá que considerar los recursos de casación en interés de la ley —a los que habrá que asimilar los de casación para la unificación de doctrina— que se planteen con anterioridad a que se hubiera planteado la correspondiente cuestión de ilegalidad, tal y como —de hecho— ha venido a admitir el Tribunal Supremo —STS de 25 de octubre de 2000 (*Aranz*, 10043)—, si bien la naturaleza de ambos recursos implica —y así lo haremos notar en su momento— que esta posibilidad no tenga efectos relevantes para determinar el ámbito efectivo de la cuestión de ilegalidad. Conviene recordar a este respecto que Vicente GIMENO SENDRA (1999), *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción de 1998*, Madrid, Ceura, pág. 825, habla de recursos «útiles a fin de que el Tribunal Superior pueda reexaminar la ilegalidad del Reglamento». Juan José LAVILLA RUBIRA (1998), «Objeto del recurso contencioso-administrativo», en Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, *Jurisdicción Contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)*, Madrid, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, pág. 549, por su parte, entiende que el requisito de la firmeza de la sentencia se cumple cuando sea «insusceptible de recurso ordinario alguno», con lo que excluye no sólo el de revisión, sino también el de casación en interés de la ley.

²² Como Juan Antonio ROBLES GARZÓN (2000), «Los recursos en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *Revista del Poder Judicial*, 58, pág. 395, calificamos de recurso de casación «ordinario» el que no es recurso de casación en interés de la ley ni por unificación de doctrina.

norma reglamentaria, particularmente con ocasión de resolver recursos indirectos contra la misma. De este modo podremos concretar el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad.

En principio, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 86 de la Ley, la interposición del recurso de casación únicamente sería posible respecto de las sentencias dictadas en única instancia por aquellos órganos jurisdiccionales y siempre que —además— no se trate de ninguno de los supuestos especificados en el apartado 2 del mismo artículo, identificados por cuestiones materiales y de cuantía²³. Como consecuencia de esta restrictiva determinación del ámbito de aplicación del recurso de casación devienen en principio irrecurribles, por una parte, las sentencias dictadas por aquellos Tribunales resolviendo, *en segunda instancia*, recursos de apelación frente a sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o Centrales de lo Contencioso-Administrativo y, por otra, las sentencias dictadas por aquéllos *en única instancia* concurriendo alguno de los supuestos del artículo 86.2.

Esta conclusión amplía, obviamente, el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad por dotar del carácter de *firme*, por irrecurribles, a la mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional en relación con disposiciones de carácter general. Pero un matiz de radical importancia se impone de forma inmediata en el apartado 3 del mismo artículo 86, conforme al cual «***cabrán 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***». Se amplía, en efecto, el ámbito del recurso de casación en relación con supuestos de especial relevancia a los efectos de perfilar el ámbito de la cuestión de ilegalidad, si bien la expresión utilizada por el legislador —frente a la clara referencia a los recursos indirectos del artículo 81.2.b) en relación con el recurso de apelación²⁴ y a la que se contenía en

²³ En los términos literales del precepto: «1. Las sentencias dictadas **en única instancia** por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. 2. Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior: a) Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. b) Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso. c) Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122. d) Las dictadas en materia electoral».

²⁴ En los AATS de 16 de octubre de 2000 (Aranz. 9812), de 13 de noviembre de 2000 (Aranz. 10615), de 4 de diciembre de 2000 (Aranz. 566), de 19 de febrero de 2001 (Aranz.

los antecedentes cercanos de este precepto²⁵— no deja de plantear ciertas dudas.

Efectivamente, este artículo encierra de forma inmediata dos dudas interpretativas en relación con el tipo de sentencias que delimitan originalmente el ámbito de aplicación de la cuestión de ilegalidad, es decir, las dictadas en *recursos indirectos* contra reglamentos. El problema surge porque ambas dudas han sido resueltas por el Tribunal Supremo en términos que restringen radicalmente el acceso a la casación de estas sentencias:

1) En primer lugar, el texto de la Ley hace dudar de si el recurso de casación cabría respecto de las sentencias dictadas en única instancia e, igualmente, las dictadas resolviendo recursos de apelación por los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo o por la Audiencia Nacional siempre y cuando estas sentencias «*declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general*».

Bastaría con partir de la expresión legal «*en todo caso*», contenida en el artículo 86.3 frente a las restricciones de los dos apartados anteriores del mismo artículo, para reconocer la posibilidad de interponer el recurso de casación frente a sentencias dictadas por estos órganos jurisdiccionales en cualquier supuesto, tanto cuando se hayan dictado en única instancia como cuando se hayan dictado en segunda instancia resolviendo recursos de apelación, superando en este caso las limitaciones materiales y de cuantía que particularmente se recogen en el apartado 2 de aquel artículo²⁶. Ésta sería, de hecho, la interpretación más acorde con la letra de la norma y la más favorable a la depuración del ordenamiento jurídico, en la medida en que permitiría residenciar ante el Tribunal Supremo recursos en los que se pusieran en cuestión normas reglamentarias sobre cuyo re-

2480), dos de 19 de noviembre de 2001 (*Aranz.* 24836 y 37408), seis de 16 de septiembre de 2004 (*Aranz.* 8081, 8082, 311007, 311008, 311011 y 311012), de 30 de septiembre de 2004 (*Aranz.* 186), de 21 de octubre de 2004 (*Aranz.* 5299), 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) afirma expresamente el Tribunal Supremo que la solución contenida en el artículo 86.3 para el recurso de casación es distinta de la que se perfila en el artículo 81.2.d) respecto del recurso de apelación.

²⁵ En efecto, tanto el artículo 94.2.6 de la Ley de 1956, al regular el recurso de apelación, como el 93.3 de la Ley 10/1992, por la que se introdujo propiamente el recurso de casación, hacían referencia a «*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 tan claramente las dictadas en recursos directos, tal y como asume taxativamente Fernando SAINZ MORENO (1998), «Comentarios al artículo 86», en «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 100, pág. 625.

²⁶ No parece entenderlo así, implícitamente, Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1999), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Tecnos, págs. 432-433.

curso directo sólo el Tribunal Supremo es competente —particularmente Reales Decretos— o, incluso, otras para cuyo conocimiento con efectos generales le habilita particularmente el apartado 3 del artículo 27 de la LJCA —en concreto, Órdenes ministeriales²⁷—.

El Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de un auto paradigmático, el de 2 de julio de 2001²⁸, rechaza la interpretación que se desprende de forma inmediata de la letra de la norma para concluir lo siguiente:

«Así, en primer lugar, la previsión del apartado 1 del artículo 86 LJCA, limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencias 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 sentencias 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 —como pretende el recurrente—, sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 86».

Insiste, pues, el Tribunal, en una jurisprudencia monolítica, en que no cabe interponer recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia,

«pues éste 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

²⁷ Piénsese en un supuesto de recurso indirecto contra una Orden ministerial del que conozca, en apelación, un TSJ. No se concibe recurso alguno ante la Audiencia Nacional, competente para conocer del recurso directo contra este tipo de norma reglamentaria, de modo que la única posibilidad alternativa a la cuestión de ilegalidad sería considerar abierta la vía del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, habilitado para conocer con efectos generales sobre la legalidad de las Órdenes ministeriales, a pesar de que el TSJ conoce del recurso en apelación. De ello no cabe deducir, en consecuencia, que podamos convenir con quienes destacan el carácter superfluo de la regla contenida en el apartado 3 y lamentan que no haya desaparecido completamente, como Jesús María SANTOS VIJANDE (1998), *El recurso indirecto contra reglamentos*, Madrid, Edersa, *Addenda*, págs. 15-16, para quien, una vez desaparecida la configuración prejudicial de la cuestión de ilegalidad, el contenido del apartado 3 del artículo 27, en cuanto que se refiere al Tribunal Supremo, es tautológico, al no aportar nada respecto del apartado 2 del mismo artículo 27.

²⁸ *Aranz*. 7872. Este auto se refiere también a los antecedentes parlamentarios del precepto —y, concretamente, a la Enmienda del Grupo Parlamentario Vasco al originario artículo 83.3 del Proyecto de Ley, a la que nos referiremos en nota 38— para confirmar su interpretación.

aplicable en el supuesto del artículo 86.3 de la LJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LJCA»²⁹.

El juego del artículo 86.3 de la LJCA queda, pues, restringido a los supuestos previstos en el propio artículo 86.1, negando que puedan ser, en ningún caso, recurridas en casación las sentencias que, aun declarando «*nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general*», no hayan sido dictadas en única instancia. Queda así ampliado el ámbito de la cuestión de ilegalidad a todas las sentencias dictadas en segunda instancia, aun cuando «*declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general*». Además, tal y como veremos inmediatamente, el modo —restrictivo— en que el Tribunal Supremo interpreta esta expresión legal ha ampliado aún más el ámbito de la cuestión de ilegalidad.

2) Y es que la dicción literal del artículo 86.3 plantea una segunda duda: si cabría la interposición del recurso de casación precisamente en los supuestos en los que se plantearía indudablemente la cuestión de ilegalidad, es decir, en los casos de recursos indirectos en los que no sea posible incorporar una declaración formal sobre la conformidad a Derecho de la norma reglamentaria en aplicación de las previsiones del artículo 27 de la Ley por carecer el órgano jurisdiccional de competencia para pronunciarse con efectos generales sobre la validez o no de la norma reglamentaria.

No se puede dejar de reconocer que, en este caso, la expresión legal —referida a las sentencias que «*declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general*» y que, como tal, se asemeja a las contenidas en los artículos 26 y 27 de la Ley para determinar el ámbito de los recursos directos e indirectos contra reglamentos— parece querer exigir que la sentencia susceptible de casación incorpore una *declaración con efectos generales* sobre la validez de la norma reglamentaria cuestionada. De este modo, quedarían incluidas dentro del ámbito del recurso de casación las sentencias dictadas en recursos directos —tal y como confirma el propio Tribunal Supremo³⁰— y, conforme a la novedad introducida por la Ley en el artículo

²⁹ Vid. AATS de 13 de noviembre de 2000 (Aranz. 10618), 19 de febrero de 2001 (Aranz. 2480) y 26 de marzo de 2001 (Aranz. 4352).

³⁰ El TS afirma en sus autos de 16 de octubre de 2000 (Aranz. 9812), 13 de noviembre de 2000 (Aranz. 10615), 4 de diciembre de 2000 (Aranz. 566), 19 de febrero de 2001 (Aranz. 2480), 26 de marzo de 2001 (Aranz. 4350), 2 de julio de 2001 (Aranz. 7870), dos de 19 de noviembre de 2001 (Aranz. 24836 y 37408), cuatro de 10 de julio de 2003 (Aranz. 253146, 253151, 253168 y 253169), 30 de septiembre de 2004 (Aranz. 186) y 21 de octubre de 2004

lo 27.2, en los 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 hayan declarado expresamente su *nulidad o conformidad a Derecho*³¹, siempre y cuando —no olvidemos la doctrina del Tribunal Supremo ya analizada— se dicten en única instancia³².

La nueva redacción de la norma puede encontrar su origen en una jurisprudencia que, en aplicación restrictiva del artículo 93.3 de la Ley de 1956, negaba el acceso a la casación a las sentencias que

(*Aranz.* 5299) que el artículo 86.3 es «aplicable también, por supuesto, a los *recursos directos*»; opinión que ya había expresado Germán FERNÁNDEZ FARRERES (1999: 18) y que, por otra parte, se contempla implícitamente en lo dispuesto en el artículo 93.2.e), cuando blinda el contenido casacional de los asuntos que «se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general» —sin perjuicio de las precisiones que respecto de este segundo supuesto obliga a hacer el artículo 86.3—. Sobre ello volveremos inmediatamente en el texto.

³¹ Incluso, en nuestra opinión, serían susceptibles de casación las sentencias dictadas en recursos contra actos no planteados inicialmente como recursos indirectos o en recursos contra la inactividad de la Administración siempre que el órgano jurisdiccional haya puesto en juego el mecanismo ampliatorio del artículo 33.2 de la Ley y sea competente para hacer una declaración en ese sentido conforme al mismo artículo 27.2. Y ello a pesar de que nos encontremos ya ejemplos en la jurisprudencia que se oponen a tal conclusión. Éste es, de hecho, el caso del ATS de 30 de septiembre de 2004 (*Aranz.* 186), que inadmite un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en instancia por un Tribunal Superior de Justicia. Entiende el Tribunal que no puede reputarse de cuantía indeterminada —en aplicación de lo previsto en el artículo 42.2 de la LJCA— el recurso original por no ser propiamente un recurso indirecto, «y ello por cuanto el demandante en la instancia no ha ejercitado otra pretensión, que la de “anular las liquidaciones impugnadas” —eso sí, “por basarse en Órdenes ministeriales nulas”— y en consecuencia “se proceda a la devolución de los importes controvertidos más los intereses legales correspondientes”. Es decir, hay una única pretensión que se base, entre otros fundamentos, en la ilegalidad de la disposición general en que los actos administrativos tienen cobertura, por lo que no resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción» (FJ 4.º).

³² Vid., en este sentido, el ATS de 23 de octubre de 2000 (*Aranz.* 9814), por el que se estima el recurso de queja interpuesto por el Ayuntamiento de Granada contra el auto en el que se tenía por no preparado el recurso de casación, y, de forma bien elocuente, el de 2 de julio de 2001 (*Aranz.* 7870), que admite el recurso de queja contra un auto similar en atención a que, si bien la sentencia *a quo* no incluía pronunciamiento expreso alguno sobre la validez de la norma reglamentaria, ello fue así por incumplimiento de la obligación que en tal sentido era exigible al Juez que la dictó en aplicación del artículo 27.2. La STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2002 (*Aranz.* 676), que declara nulo un determinado precepto de una Ordenanza fiscal en aplicación de la regla del 27.2 LJCA, advierte expresamente de la posibilidad de plantear frente a la misma recurso de casación. El propio Tribunal Supremo recuerda en varios autos que «con base en lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley de la Jurisdicción, haya admitido a trámite recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que, conforme a la Ley Jurisdiccional de 1998, además de ser competente para conocer de la impugnación de los actos administrativos que ante ella se cuestionaron lo es también para conocer de la impugnación directa de la disposición general que a aquéllos sirve de cobertura» [vid., entre otros, AATS de 16 de septiembre de 2004 (seis, *Aranz.* 8081, 8082, 311007, 311008, 311011 y 311012), 30 de septiembre de 2004 (*Aranz.* 186) y 21 de octubre de 2004 (*Aranz.* 5299)]. La STS de 14 de octubre de 2003 (*Aranz.* 8879), de hecho, conoce del recurso de casación contra una STSJ de Aragón que anuló varios preceptos de un Decreto autonómico del que había conocido —en única instancia— en vía de recurso indirecto.

resolvían recursos en los que no se hubiera discutido sustancialmente la validez de una norma reglamentaria, y ello con el objeto de atajar la corruptela de interponer recursos pretendidamente indirectos con la única finalidad de forzar el acceso a la casación³³. Por la misma razón, sólo el argumento referido a la supuesta ilegalidad de la norma reglamentaria tenía acceso a la casación³⁴, como de hecho mantiene hoy por hoy la jurisprudencia en relación con el recurso de apelación³⁵. Sea o no así, lo que parece cierto es que, siguiendo la interpretación inmediata de la norma, se da la paradójica consecuen-

³³ En rigor, esta corruptela ya había aparecido en relación con el artículo 94.2.b) reformado en 1973, tal y como recuerdan Antonio EMBID IRUJO (1977), «Nulidad de reglamentos decretada por medio de recurso indirecto. Las ordenanzas de exacciones y el recurso de apelación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 15, págs. 671-673, y Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (1977), «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 14. Respecto del recurso de casación, baste como ejemplo la sentencia de 29 de abril de 1999 (*Aranz.* 3594) —que cita un auto de la misma Sala de 26 de enero de 1998—, conforme al cual «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 (condiciones que, en este caso, no concurren)»; la de 10 de mayo de 1999 (*Aranz.* 5114), que, tras razonar que la justificación última del artículo 93.3 reside en que la naturaleza de los recursos indirectos implica que éstos son —como los directos— de cuantía indeterminada, puesto que en ambos se discute la legalidad de una norma reglamentaria, llega a inadmitir el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado dado que en ningún momento basó su contestación a la demanda en la defensa de la legalidad de la norma reglamentaria considerada ilegal por el demandante, doctrina mantenida expresamente en las sentencias de 24 de enero de 2000 (*Aranz.* 773), de 26 de enero de 2000 (*Aranz.* 382) y dos de 27 de enero de 2000 (*Aranz.* 774 y 1047, respectivamente), y la de 30 de julio de 1999 (*Aranz.* 7111), que llega a aducir que, habiéndose interpuesto el recurso indirecto objeto del proceso después de haberse declarado mediante sentencia firme la nulidad de la norma reglamentaria indirectamente impugnada, no se podía hablar propiamente de recurso indirecto y, en consecuencia, debía inadmitirse el recurso de casación, y, más recientemente, la de 9 de enero de 2003 (*Aranz.* 3770), que niega expresamente el acceso a la casación de los argumentos basados en vicios de forma de los reglamentos indirectamente impugnados.

³⁴ Vid. como ejemplo la STS de 29 de abril de 1996 (*Aranz.* 4185), que 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».

³⁵ Tal y como argumenta la STSJ del País Vasco de 9 de noviembre de 2001 (*Aranz.* 322), «de este modo, quedó ya inicialmente excluida de apelación la sentencia —art. 81.1.a) LJCA—, y a las partes les fue sólo ofrecido el recurso en base al antes citado apartado d) de dicho artículo 81.2 (...). Y presupuesta, como decimos, la insuficiente cuantía de la pretensión deducida sobre la que no vamos a extendernos, la admisión de la apelación en base a tal posibilidad excepcional tiene en todo caso la consecuencia que señala reiterada jurisprudencia, de limitar el contenido de la segunda instancia a la motivación que se refiera a la impugnación de la disposición general (SSTS de 20 de diciembre de 1996 ó 26 de diciembre de 1998), quedando fuera la revisión de la sentencia recurrida en cuanto a la respuesta que diera a otros fundamentos de pedir y cuestiones suscitadas en la instancia». Insistiendo en esta restricción, vid. SSTSJ de Cataluña de 7, 14 y 19 de septiembre de 2001 (*Aranz.* 12280, 155 y 12895), 19 de diciembre de 2001 (*Aranz.* 109707) y 30 de enero de 2002 (*Aranz.* 597), entre otras muchas.

cia de que no serían susceptibles de casación precisamente aquellas sentencias que dan ocasión al planteamiento obligatorio de la cuestión de ilegalidad por no ser posible hacer ninguna declaración sobre la legalidad de la disposición de carácter general, dado que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso indirecto contra la misma carece de la competencia para conocer del correspondiente recurso directo³⁶. Con lo que, obviamente, se amplía el campo de acción de la cuestión de ilegalidad, tal y como viene defendiendo expresamente el Tribunal Supremo.

En efecto, aun cuando algunos autores han argumentado a favor de una interpretación extensiva del reiteradamente citado apartado 3 del artículo 86³⁷ —que, todo hay que decirlo, los antecedentes parlamentarios no invitan a sostener³⁸—, el Tribunal Supremo se ha mos-

³⁶ Destacando igualmente esta novedad restrictiva contenida en el artículo 86.3 de la LJCA, FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (1999), «Impugnación directa e indirecta de reglamentos», en VV.AA., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, Aranzadi, págs. 334-336.

³⁷ Concretamente, Germán FERNÁNDEZ FARRERES (1999: 19-20) plantea una interpretación conjunta de los artículos 86.3 y 123.1 de la nueva Ley para entender que la expresión literal del primer precepto incluye las sentencias en cuyos Fundamentos jurídicos se recojan pronunciamientos sobre la validez o nulidad de normas reglamentarias aunque tales pronunciamientos no se lleven al Fallo por carecer el órgano administrativo de competencia para ello, con lo que se incluirían precisamente el tipo de sentencias que —de no ser recurridas— obligarían a plantear la cuestión de ilegalidad. Juan Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (1999: 490-491) y Dimitry BERBEROFF AYUDA (2004: 745-747), lamentando —este último— el sentido de la jurisprudencia que se describe, abogan también por superar la interpretación literal de la norma; mientras que Pilar TESO GAMELLA (1998), «Cuestión de ilegalidad», en Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, *Jurisdicción Contencioso-administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)*, Madrid, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, págs. 1246-1247, interpreta, sin mayor explicación, que el artículo 86.3 —en correlación con el 27.3— permite al Tribunal Supremo decidir sobre la ilegalidad de una disposición general en vía de recurso. Un razonamiento similar está implícito en los argumentos de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2004), *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 12.ª ed., T. I, págs. 232-233, cuando afirman que «aunque la redacción [del art. 86.3] podría entenderse que se refiere sólo a los recursos directos contra reglamentos, no los indirectos, parece más razonable entender que comprende también a éstos, especialmente cuando se trata de Reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros, por resultar esta vía de la casación más adecuada que la llamada “cuestión de ilegalidad”». A ellos añadiríamos, particularmente, las Órdenes ministeriales.

³⁸ En efecto, tanto la redacción definitiva —procedente de una Enmienda del Grupo Parlamentario Vasco, núm. 17, *BOCG. Congreso*, 24 de noviembre de 1997, Serie A, núm. 70-8, págs. 56-57— como la del Proyecto de Ley (art. 83.3 del Proyecto, *BOCG. Congreso*, 18 de junio de 1997, Serie A, núm. 70-1, pág. 26) se cifran en recoger todos los supuestos de sentencias que se pronunciaran sobre la validez de disposiciones reglamentarias con efectos generales, con independencia del procedimiento en el que hubieran sido dictadas y del órgano —Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia— que lo hubiera hecho. En ningún caso se incorporó argumento alguno, no obstante, acerca del cambio introducido en el planteamiento anterior en relación con la recurribilidad de las sentencias dictadas en recursos indirectos, a pesar de que se menciona como referente el artículo 93.3 de la redacción entonces vigente de la Ley de 1956; bien al contrario, se afirma expresamente que la razón de ser de una y otra norma se encuentra en «la trascendencia que para el sistema

trado resueltamente proclive a una interpretación literal y, por ende, restrictiva del mismo, argumentando que el cambio de redacción entre el antiguo artículo 93.3 y el nuevo 86.3 obedece, precisamente, a la introducción del nuevo régimen de impugnación de las disposiciones generales³⁹. En su criterio, de no acogerse tal interpretación restrictiva, quedaría

«sin contenido —por aplicación de lo establecido en el 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»⁴⁰.

Olvida, sin embargo, el Tribunal que la interposición del recurso de casación depende de la voluntad y diligencia de las partes y, en ese sentido, no es una alternativa automática respecto de la cuestión de ilegalidad, que se plantea de oficio. Las consecuencias de esta jurisprudencia se demuestran, además, muy negativas, ya que multiplica las posibilidades de que se produzcan sentencias *desestimatorias* de cuestiones de ilegalidad, confirmatorias de la validez de la norma cuya supuesta ilegalidad determinó la resolución del proceso *a quo* e, incluso, de otros procesos en el caso de que hubieran entrado en juego los mecanismos de extensión de efectos de la sentencia contemplados en los artículos 110 y 111 de la LJCA.

Veamos el alcance de las negativas consecuencias de esta jurisprudencia, no sin antes advertir que la misma restringe severamente, pero no elimina, la posibilidad de que accedan a la casación sentencias que resuelvan recursos indirectos sin llegar a hacer declaraciones generales de validez o invalidez de normas reglamentarias. Y es

de fuentes tienen las sentencias que se pronuncian, expulsándolo o confirmándolo, sobre un reglamento, transcendencia que exige la posibilidad de recurso cualquiera que sea la materia sobre la que haya versado el proceso de instancia».

³⁹ Juan Antonio DOMÍNGUEZ LUIS (1999), «Los recursos de apelación y casación en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *Revista Jurídica de la Comunidad Autónoma de Madrid*, 2, págs. 113-146, defiende, sin mayores explicaciones, una interpretación similar.

⁴⁰ Efectivamente, el TS se ha pronunciado reiteradamente en este sentido, en unas ocasiones mediante auto de inadmisión del recurso de casación —AATS de 23 de junio de 2000 (*Aranz.* 5632), dos de 19 de noviembre de 2001 (*Aranz.* 24836 y 37408), de 10 de julio de 2003 y de 10 de marzo de 2005 (dos, *Aranz.* 112795 y 133500)—, en otras ratificando un criterio similar sostenido por el correspondiente TSJ mediante auto resolviendo el recurso de queja contra el auto de la Sala de instancia por el que se acordaba tener por no preparado el recurso —AATC de 26 de junio de 2000 (*Aranz.* 5318), de 10 de julio de 2000 (*Aranz.* 7675), de 10 de julio de 2000 (*Aranz.* 7676), de 2 de octubre de 2000 (*Aranz.* 9798), de 16 de octubre de 2000 (*Aranz.* 9812), de 4 de diciembre de 2000 (*Aranz.* 566), de 19 de febrero de 2001 (*Aranz.* 2480), dos de 26 de marzo de 2001 (*Aranz.* 4350 y 4352) y de 28 de marzo de 2005 (cuatro, *Aranz.* 112564, 121120, 121133 y 121142)—.

que, como sabemos, conforme a las reglas generales contenidas en el mismo artículo 86, apartados 1 y 2, no cabe descartar que se interponga recurso de casación contra ciertas sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional resolviendo recursos indirectos sin hacer pronunciamientos expresos sobre la legalidad de la norma en cuestión, siempre que hayan sido dictadas en única instancia y, además, no concurra ninguna de las circunstancias de exclusión contenidas en el reiteradamente citado apartado 2 del artículo 86⁴¹. Éste será, particularmente, el caso de las sentencias dictadas en procedimientos de protección de derechos fundamentales⁴², tal y como, de hecho, la práctica viene demostrando⁴³.

No cabe, sin embargo, dotar de similar virtualidad a la vía de los recursos extraordinarios de casación —por unificación de doctrina o en interés de la ley—, recursos que, como es sabido, entrarán en juego de forma subsidiaria —por el orden en que han sido citados— en los casos en los que no quepa plantear el recurso de casación ordinario contra sentencias dictadas —eso sí— en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional⁴⁴. Y ello

⁴¹ Así parece entenderlo implícitamente Jesús María SANTOS VIJANDE (1998: 43-44). Emilio PUJALTE CLARIANA (1999), «El objeto del recurso», en Mariano BAENA DEL ALCÁZAR (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Trivium, pág. 242, por su parte, afirma que las sentencias dictadas en recursos indirectos únicamente son susceptibles de recurso de casación cuando no se hallen exceptuadas por corresponderse con alguno de los supuestos del artículo 86.2.

⁴² Germán FERNÁNDEZ FARRERES (1998), «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, 4, pág. 192, concluye, a la vista de lo previsto en el artículo 86.2.b) de la LJCA, que «prácticamente todas las sentencias recaídas en el referido procedimiento especial —y con la excepción de las que versen sobre el derecho de reunión— pasan a ser susceptibles de recurso de casación, generalizándose la doble instancia», conclusión que asume, implícitamente, que tal ampliación en el acceso a la casación no llega a abarcar las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional.

⁴³ Así, por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 27 de marzo de 2003 (*Aranz.* 616), que resuelve una enésima impugnación indirecta contra el artículo 9.2 del Real Decreto 391/1989, de 21 de abril, cuyo FJ 4.º afirma lo siguiente: «Pudiendo haber recurso de casación frente a la presente sentencia de acuerdo con el artículo 86.2.b), por tratarse de un procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, queda abierta no obstante para su momento y caso, la posibilidad de planteamiento de la cuestión de ilegalidad del artículo 27.1 LJCA». La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de febrero de 2002 (*Aranz.* 363) asume la posibilidad de interponer recurso de casación contra la misma cuando afirma que «de no interponerse recurso de casación contra la sentencia por ninguna de las partes, esta Sala procederá a plantear seguidamente la cuestión de ilegalidad con el específico aspecto de la Orden que ha sido considerado ilegal». La STS de 23 de noviembre de 2004 (*Aranz.* 350) conoce de un recurso de casación contra una sentencia dictada por el TSJ de Aragón en un recurso indirecto tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

⁴⁴ Efectivamente, el recurso de casación para la unificación de doctrina podrá interponerse contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia «que no sean recurribles en casación con arreglo a lo establecido en la letra b) del artículo 86.2 siempre que la cuantía litigiosa sea superior a tres millones de pesetas» (art. 96.3), mientras que el recurso de casación en interés

no sólo porque sólo caben contra sentencias dictadas en única instancia y porque la admisibilidad de ambos recursos está muy condicionada, sino también, y sobre todo, para el caso de la sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley, porque ésta «respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida», en los términos de lo previsto en el artículo 100.7 de la LJCA. No ha de extrañar, por ello, que más de un autor haya destacado las similitudes existentes entre la cuestión de ilegalidad en su actual configuración y el recurso de casación en interés de ley⁴⁵. Sobre ello volveremos más adelante.

4. LAS NEGATIVAS CONSECUENCIAS DE ESTA JURISPRUDENCIA, PARTICULARMENTE EN LOS CASOS DE EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LA SENTENCIA A QUO

Así pues, cabe afirmar que, conforme a la interpretación jurisprudencial unánime del artículo 86.3 de la nueva Ley, pocos serán los supuestos en los que quede reservado al Tribunal Supremo la posibilidad de pronunciarse respecto de la legalidad de cualquier norma reglamentaria —sea cual sea su materia o el órgano del que emane— a través del recurso de casación si este recurso se interpone frente a sentencias dictadas en única instancia por Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional, y en ningún caso frente a sentencias dictadas por estos mismos órganos en recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en recursos indirectos.

Queda así definitivamente perfilado el ámbito del recurso de casación por el Tribunal Supremo en unos términos que, por restrictivos,

de la ley podrá interponerse contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional «que no sean susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos Secciones anteriores», es decir, el ordinario y el de unificación de doctrina, en los términos de lo dispuesto en el artículo 100.1 de la LJCA.

⁴⁵ MARTÍN BASSOLS COMA (1999), «La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales», en M. BAENA DEL ALCÁZAR (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Trivium, pág. 814, destaca que, en este sentido, «cabe apreciar una cierta similitud en los efectos entre la cuestión de ilegalidad y el recurso de casación en interés de Ley». En sentido similar, ÁNGEL FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA (1997), *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*, Madrid, Montecorvo, págs. 278-279; citándole, FRANCISCO RUIZ RISUEÑO (2004), *El Proceso Contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, 5.ª ed., Madrid, Colex, pág. 439; SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1999: 535-536); PILAR TESO GAMELLA (1998: 1245), y DIMITRY BERBEROFF AYUDA (2004: 735).

no dejan de ser discutibles. Bien es verdad que, como tiene señalado el Tribunal Supremo, el recurso de casación se diferencia radicalmente del recurso de apelación por no constituirse propiamente en una segunda instancia —recordemos, no obligatoria desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva—, lo que explica que se le dote de carácter excepcional⁴⁶. Pero no es menos cierto que el fundamento de la casación es cumplir una función uniformadora en la interpretación —y, en su caso, depuración— del ordenamiento jurídico⁴⁷. Siendo como es objeto del recurso de casación la propia sentencia, y no el objeto del proceso *a quo*⁴⁸, su naturaleza encaja plenamente con la conveniencia de revisar las sentencias dictadas en recursos indirectos, máxime cuando la nueva regla del artículo 27.2 y 3 permitirá al Tribunal Supremo dar efectos generales a su valoración de la norma reglamentaria cuestionada, aun resolviendo para el caso concreto⁴⁹.

⁴⁶ En las elocuentes palabras del TS en su sentencia de 1 de octubre de 1999 (*Aranz.* 7805), «el recurso de casación sirve para impugnar determinadas resoluciones judiciales (...), en especial las sentencias (...). Por tanto, el objeto del recurso de casación no es el objeto del proceso (...), sino la propia sentencia, cuya casación o sea anulación se pretende, en consecuencia el planteamiento dialéctico del recurso de casación es completamente distinto al recurso de apelación, que constituye una segunda instancia, en la medida en que vuelve a enjuiciar el objeto del proceso, en tanto que en el recurso de casación lo que se enjuicia es si la sentencia o la resolución judicial de que se trata ha respetado o infringido las normas esenciales del juicio o el ordenamiento jurídico o la propia doctrina jurisprudencial». Citando esta sentencia, vid. las posteriores de 19 de octubre de 2001 (*Aranz.* 734) y de 28 de diciembre de 2001 (*Aranz.* 1007).

⁴⁷ Vid. AATS de 16 de noviembre de 1996 (*Aranz.* 8302), 9 de marzo de 1998 (*Aranz.* 3146) y 3 de abril de 1998 (*Aranz.* 3884). La STS de 30 de junio de 1995 (*Aranz.* 5248), por su parte, confirma «la naturaleza de recurso extraordinario que corresponde al recurso de casación, como instrumento procesal encaminado a la corrección de las infracciones jurídicas, sustantivas o procesales, en que puedan incurrir las resoluciones jurisdiccionales de instancia, unificando los criterios de interpretación del Derecho».

⁴⁸ La STS de 2 de marzo de 1995 (*Aranz.* 2194), en términos bien expresivos, afirma que «es necesario tener en cuenta que la casación contencioso-administrativa, al ser una especie concreta del recurso de casación en general, se rige por las normas comunes de ésta que en nuestro derecho derivan de las que viene aplicando el orden jurisdiccional civil. De acuerdo con ello, el recurso de casación no tiene como finalidad principal resolver la controversia entre las partes ni decidir entre los intereses contrapuestos de éstas según sus alegaciones se encuentren fundadas en derecho. Por el contrario, la casación persigue el objetivo de llevar a cabo una depuración del ordenamiento jurídico, eliminando del mismo y de su interpretación jurisprudencial las deficiencias que puedan existir en la sentencia impugnada en cuanto a las garantías procesales y a la aplicación de las normas que integran el ordenamiento. En consecuencia, en la casación no se trata, cuando se plantea en el orden contencioso-administrativo, de la impugnación de los actos administrativos combatidos ante el Tribunal "a quo" sino de la impugnación de la sentencia misma, que se somete a la revisión publicada al Juez casacional». En esta caracterización del recurso de casación insiste Juan Antonio ROBLES GARZÓN (2000: 393-394).

⁴⁹ Así se desprende, en general, de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley, precepto que sólo se entiende por exclusión del contenido de los demás apartados del mismo artículo 95.2, correlativos a los apartados a), b) y c) del artículo 88.1, y que prescribe que «si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos aducidos, la Sala, en una sola sentencia, casando la recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente: (...) d) En los demás casos, la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate».

Precisamente por ello, las negativas consecuencias de la interpretación jurisprudencial más arriba descrita encuentran más clara manifestación en el caso de las sentencias *desestimatorias* de cuestiones de ilegalidad, sentencias que —de hecho— vienen proliferando una vez ha quedado limitada la vía de la casación⁵⁰. Piénsese que, de haber podido conocer el Tribunal Supremo en casación, su decisión sobre la norma —confirmando su validez— repercutiría en el propio supuesto planteado en el recurso original; sin embargo, si el Tribunal Supremo conoce de la cuestión de ilegalidad, su confirmación de la validez de la norma no es trasladable al proceso *a quo*, que ya ha quedado resuelto mediante sentencia *firme* dictada sobre la base de considerar que el reglamento cuestionado era contrario al ordenamiento. No deja, por ello, de resultar paradójico que el propio Tribunal Supremo pondere la trascendencia de la cuestión de ilegalidad, afirmando que

«requiere que se extremen las cautelas para que se utilice siempre que proceda conforme a las reglas que la regulan, pero solamente cuando proceda, para evitar que

⁵⁰ De las 54 SSTS dictadas hasta ahora en cuestiones de ilegalidad, 25 han sido desestimatorias. Vid., por ejemplo, STS de 3 de junio de 2002 (*Aranz.* 9547), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Andalucía sobre el artículo 201.2 del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre; dos SSTS de 18 de diciembre de 2002 (*Aranz.* 533 y 956), que desestiman sendas cuestiones de ilegalidad planteadas por el TSJ de Cantabria sobre el artículo 198.i) del mismo Reglamento estatal, después de que el Tribunal Superior de Justicia hubiese desestimado la apelación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santander; STS de 3 de junio de 2003, que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha sobre el artículo 26.2 del Reglamento General de Circulación, aprobado mediante Real Decreto 13/1992, de 17 de enero; STS de 11 de junio de 2003 (*Aranz.* 6863), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha sobre el artículo 12.3.b) y c) del Real Decreto 2044/1994, de 14 de octubre, por el que se establecen las condiciones sanitarias y de sanidad animal aplicables al sacrificio de animales de caza silvestre y a la producción y comercialización de sus carnes; STS de 1 de julio de 2003 (*Aranz.* 5804), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha sobre el artículo 27.2.7 del Real Decreto 1082/1991, de 28 de junio, por el que se establecen las condiciones técnicas y sanitarias de los productos para el cuidado y mantenimiento de lentes de contacto; STS de 31 de marzo de 2004 (*Aranz.* 2682), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Aragón en relación con el artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; STS de 26 de abril de 2004 (*Aranz.* 2783), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por el TSJ de Andalucía en relación con el artículo 7.22 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio, y otra de la misma fecha que desestima una cuestión de ilegalidad respecto de varias cláusulas de un Convenio suscrito entre España y la Santa Sede sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros de enseñanza públicos (*Aranz.* 2652), y STS de 3 de mayo de 2004 (*Aranz.* 4012), que desestima una cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona (a pesar de que la sentencia original fue recurrida en apelación) en relación con el artículo 8.1.d) del Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, «en cuanto atribuyen una distinta retribución por complemento de destino, en los componentes del mismo de especial responsabilidad o dificultad, a funcionarios que ocupan destinos similares».

corra el riesgo de desnaturalizarse o de acabar produciendo consecuencias disfuncionales»⁵¹.

La anterior conclusión se demuestra, además —así lo hemos adelantado—, especialmente perjudicial cuando se haya planteado la aplicación de la extensión de efectos de la sentencia original en el marco de los artículos 110 ó 37.2 y 111 de la propia LJCA. Técnica que la Ley de la Jurisdicción de 1998 vino a ampliar frente a la Ley de 1956⁵², y cuya regulación ha sido recientemente retocada por la Ley Orgánica 19/2003⁵³.

Recordemos que los citados artículos regulan dos supuestos de extensión de efectos de una sentencia más allá del ámbito subjetivo originalmente fijado en el proceso en el que se dictó. El primero, regulado en el artículo 110, se refiere particularmente a los procesos en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública que hayan sido resueltos por sentencia firme que hubiera reconocido «una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas», en cuyo caso podrán extenderse a terceros los efectos de tal sentencia en fase de ejecución siempre que se cumpla una triple condición: que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo y que no hubieran consentido el acto que les afectase; que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada, y que se haga expresa solicitud de la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso o desde la última notificación de la resolución que hubiera puesto fin al recurso en interés de la ley o de revisión, de haber sido interpuesto.

La misma posibilidad de extensión de efectos de una sentencia a supuestos distintos a los resueltos por el proceso original se plantea

⁵¹ Vid. STS de 3 de junio de 2002 (*Aranz.* 9547) y, reiterando su doctrina, dos de 18 de diciembre de 2002 (*Aranz.* 533 y 956) y las de 29 de marzo de 2004 (*Aranz.* 4703) y de 3 de marzo de 2005 (dos, *Aranz.* 3494 y 3495).

⁵² Sobre el proceso jurisprudencial de ampliación del ámbito subjetivo de la eficacia de las sentencias, vid. Agustín E. DE ASÍS ROIG (1989), «El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos (En torno a las consecuencias de la anulación judicial del Decreto de 20 de diciembre de 1974)», núm. 120 de esta REVISTA, págs. 218-221, y Pedro GONZÁLEZ SALINAS (1985), «La eficacia jurídica de las sentencias», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 40, particularmente respecto de la extensión a quienes no fueron parte en el proceso de los pronunciamientos sobre reconocimiento de derechos subjetivos derivados de la anulación de normas reglamentarias.

⁵³ Recordemos que los artículos 37 y 110 han sido modificados por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ. Respecto de los cambios aportados por tal reforma, vid. María José ALONSO MAS (2004), «Reflexiones sobre la nueva regulación de efectos de las sentencias», núm. 164 de esta REVISTA, págs. 271-308.

en los casos en los que —por aplicación de lo previsto en los artículos 37.2 y 111 de la Ley— se hubiera resuelto con carácter preferente uno o varios de los recursos que, habiéndose planteado con el mismo objeto, no hubieran sido acumulados en los términos de lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo 37⁵⁴. En tales casos, una vez se hubiere resuelto con carácter firme el recurso tramitado con carácter preferente, las partes de los demás procesos —que habrán quedado suspendidos— podrán optar por que se extiendan a ellos los efectos de aquella sentencia, a no ser que prefieran desistir de sus pretensiones o continuar sus propios procesos.

El problema se puede plantear, en uno y otro caso, cuando la sentencia *firme* dictada en los procesos originalmente resueltos por considerar ilegal la norma cuestionada y cuya extensión se pretende —bien por la vía del 110, bien por la del 111— se vea contradicha por la sentencia dictada finalmente en la cuestión de ilegalidad que se planteó de oficio de forma consecuyente. El problema estriba, pues, en ponderar hasta qué punto podrá sostenerse la posibilidad de extender los efectos de la sentencia original, ya firme, basada en la supuesta ilegalidad de una norma, a los supuestos en los que así se solicite cuando el único Tribunal competente para pronunciarse con efectos *erga omnes* sobre la legalidad o no de la norma reglamentaria pueda haber llegado a confirmar definitivamente su validez al desestimar la cuestión de ilegalidad.

Este problema está lejos de ser hipotético. Encontramos, de hecho, ejemplos en la práctica judicial de supuestos en los que, aunque no nos conste, podría haberse producido un expediente de extensión de efectos de una sentencia originaria cuya doctrina es finalmente contradicha por una sentencia desestimatoria de la correspondiente cuestión de ilegalidad. Es paradigmático, a estos efectos, el supuesto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona el 24 de septiembre de 2002, que reconoció a la recurrente —funcionaria— unos concretos derechos retributivos por entender que el artículo 8.1.d) del Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, era ilegal «en cuanto atribuye una distinta retribución por complemento de destino, en los componentes del mismo de es-

⁵⁴ Efectivamente, en los términos de lo dispuesto en el artículo 37.2, «cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros». De asumirse esta posibilidad, tal y como dispone el artículo 111, «cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extienda a su favor los efectos de la sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, con arreglo a lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del artículo anterior en cuanto resulten aplicables».

pecial responsabilidad o dificultad, a funcionarios que ocupan destinos similares». La legalidad de este precepto fue confirmada por la STS de 3 de mayo de 2004⁵⁵, que desestimó la correspondiente cuestión de ilegalidad planteada por el propio Juzgado. Tratándose como se trata de una cuestión de personal, el supuesto encaja perfectamente en las previsiones del artículo 110, de modo que cabría plantearse —y, de hecho, no podemos descartar— que algunos otros funcionarios que «*se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo*» —en transcripción literal del apartado 1 del citado artículo— hubieran instado la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria del Juez de lo Contencioso ante el mismo Juez por ser también competente por razón del territorio.

En este caso y en otros similares se podrían encontrar argumentos a favor de una interpretación proclive a mantener la posibilidad de extensión de los efectos de una sentencia firme cuya argumentación clave es definitivamente desautorizada por el único órgano jurisdiccional competente para valorar la validez de la norma. La aplicación de la regla según la cual la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no afectará «*por sí misma*» a las sentencias firmes en general, y en particular a la que resolvió el recurso dando origen a su propio planteamiento, parece favorecer una tal interpretación. En ello abundaría el principio de igualdad: si la consideración de invalidez de la norma reglamentaria permitió resolver en un determinado sentido el proceso original, podría alegarse el derecho de otros que se encuentren en idéntica situación a ser tratados de forma idéntica, a pesar de que finalmente se confirmara la validez de la norma reglamentaria⁵⁶.

Con todo, quizás el argumento de más peso para defender la posibilidad de que puedan continuar los procesos de extensión de efectos de la sentencia firme sea el que supone entender que tal hipótesis queda cubierta por las previsiones del artículo 26.2 de la Ley, conforme al cual la desestimación de un recurso directo contra una norma reglamentaria —al que se debería asimilar la cuestión de ilegalidad— no impedirá el planteamiento de recursos indirectos respecto de la misma, sin perjuicio del necesario respeto al principio de unidad de doctrina⁵⁷.

⁵⁵ Aranz. 4012.

⁵⁶ No se olvide que, de hecho, la técnica del «proceso testigo» es alternativa a la de la acumulación regulada en el artículo 34 de la misma Ley y que, por esta última vía, se hubiera sido parte en el proceso ya resuelto mediante la sentencia de cuyos efectos se solicita la extensión.

⁵⁷ No hay que descartar, sin embargo, que quepa reconsiderar la legalidad de una norma previamente confirmada cuando la desestimación del recurso directo o de la cuestión de ilegalidad se basó en criterios y argumentos distintos a los que se proponen en el nuevo

No se puede obviar, sin embargo, que mantener una tal interpretación en relación con la extensión de los efectos de la sentencia dictada en el proceso *a quo* en aras a la máxima garantía del principio de igualdad violenta intensamente el principio de legalidad⁵⁸. De ahí que debamos lamentar que en el apartado 6 del artículo 110 de la Ley —y, de forma paralela, en el apartado 1.c)— no se haya hecho referencia a la cuestión de ilegalidad entre los procesos que, estando pendientes, obligan a suspender el incidente en el que se deba decidir la extensión de la sentencia: recurso de revisión y recurso de casación en interés de la ley⁵⁹.

Particularmente el sentido de este último recurso —el de casación en interés de la ley— es, como sabemos, asimilable al de la propia cuestión de ilegalidad, de modo que, en pura lógica, el planteamiento de ésta en relación con la norma considerada ilegal en la sentencia cuyos efectos se pretenden extender —incluso si tal planteamiento no se deriva del propio proceso en que se dictó la sentencia— debería tener efectos suspensivos sobre el expediente de extensión de efectos de la sentencia⁶⁰. De este modo se lograría neutralizar la expansión del posible efecto distorsionador de una sentencia contradictoria dictada en la cuestión de ilegalidad, aun sacrificando el principio de igualdad. Piénsese, además, que el posible perjuicio de la suspensión se vería compensado con la preferencia reforzada —en resolución y en trami-

cuestionamiento de la norma reglamentaria —como, de hecho, ocurrió en las cuestiones resueltas mediante SSTs de 13 de octubre de 2004 (Aranz. 6567) y de 27 de octubre de 2004 (Aranz. 8167)—, ni tampoco cuando deba entrar en juego el 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». Puede haber razones que, pasado el tiempo, inviten a dudar de la validez de una norma cuya validez había sido originalmente confirmada. De darse alguno de estos supuestos, podría tener sentido defender la estimación del expediente de extensión de efectos de la sentencia *a quo*.

⁵⁸ Así lo viene a destacar Jesús María SANTOS VIJANDE (1998: 39-42), que ve dificultades en el mero hecho de que se haya extendido definitivamente la eficacia de la sentencia original a otros procedimientos, algo respecto de lo cual sería conveniente comentar que precisamente la técnica de la «ejecución en masa» —según la terminología empleada por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de 1997— es alternativa a la mera acumulación por razón del objeto, en cuyo caso la sentencia original hubiera decidido ya directamente de modo estimatorio respecto de todos los recursos indirectos planteados. No oculta, sin embargo, este autor las diferencias de trato a que esta interpretación conduciría.

⁵⁹ En los términos literales del artículo 110.6, «*si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la Ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado recurso*», precepto que tiene su reflejo en la previsión del apartado 1.c) del mismo artículo cuando establece como requisito para que la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia que se presente en el «*plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso*», para precisar a renglón seguido 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*».

⁶⁰ Se pronuncia en términos similares José María BAÑO LEÓN (2005), «Voz Cuestión de ilegalidad», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, T. I, págs. 773-774.

tación— que el artículo 126.4 LJCA reconoce a favor de las cuestiones de ilegalidad que sean «*de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos*», como sería éste, obviamente, el caso⁶¹.

Lo argumentado se aplicaría, en nuestra opinión, tanto en relación con los supuestos del artículo 110 como con los del artículo 111, por más que este último sólo se remita a los apartados 3, 4 y 5 del propio artículo 111 —y no al 6—⁶².

No comparten, sin embargo, nuestra conclusión algunos Tribunales que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, la Audiencia Nacional considera —en términos un tanto simplistas— que la misma firmeza de la sentencia, requisito para la extensión de sus efectos, es razón bastante para que no se vea afectada por el planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad⁶³.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por su parte, es más prolijo en su razonamiento cuando, al conocer en apelación de varios autos dictados por Juzgados de lo Contencioso para extender los efectos de una sentencia por la que se reconocía a una Magistrado-Juez sustituta determinadas retribuciones por prestación de servicios de guardia, se plantea el paralelismo entre la cuestión de ilegalidad y el recurso de casación en interés de la ley a los efectos de suspender la tramitación de aquellos incidentes. El Abogado del Estado le insta a ello al solicitar la aplicación analógica del —entonces— artículo 110.5, antes de la reforma introducida por Ley Orgánica 19/2003, a lo que responde el Tribunal en la sentencia de 18 de mayo de 2001, entre otras⁶⁴, que:

«Es cierto que ambos procedimientos buscan la seguridad jurídica, así, la cuestión de ilegalidad decidiendo

⁶¹ Ello unido a que la obligación que concurre en el Tribunal que resolvió la cuestión de ilegalidad de comunicar su sentencia al órgano jurisdiccional *a quo* —en los términos del apartado 3 del mismo artículo— permitirá que éste conozca lo antes posible el sentido de la sentencia.

⁶² Recordemos que, según el artículo 111, «*cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del Juez o Tribunal de la ejecución que extienda a su favor los efectos de las sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, con arreglo a lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del artículo anterior en cuanto resulten aplicables*».

⁶³ Vid. SAN de 2 de octubre de 2001 (Aranz. 9490), en la que, contestando una alegación del Abogado del Estado, concluye que «se ha de resaltar que la sentencia cuya extensión se solicita es una sentencia firme, firmeza a la que no afecta que sobre la misma se haya planteado cuestión de ilegalidad, de conformidad con el artículo 110.5 final de la LJCA».

⁶⁴ Vid., entre otras, las SSTSJ de Castilla y León de 27 de abril de 2001 (cinco, Aranz. 230680 a 230684), 18 de mayo de 2001 (Aranz. 230722) y 29 de mayo de 2001 (Aranz. 230742), y, recordando —sin más explicaciones— que «el planteamiento de la cuestión de ilegalidad no es obstáculo para que se extiendan los efectos de una sentencia», las sentencias del mismo Tribunal de 13, 20 y 27 de septiembre de 2002 (Aranz. 230427, 2409012 y 36011).

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 contraria a derecho. Sin embargo, el recurso de casación en interés de 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».

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia no considera que el planteamiento de la cuestión de ilegalidad entrañe por sí mismo «un grave riesgo para el interés general»⁶⁵, y ello a pesar de que cabe que

⁶⁵ Concluye el Tribunal: «en definitiva, una sentencia estimatoria de un recuso que suponga impugnación indirecta de una disposición de carácter general, no será susceptible de extensión a terceros por la vía de los artículos 110 y 111 de la LJCA, cuando por suponer una interpretación que cause grave daño a los intereses públicos, la sentencia haya sido objeto de recurso de casación en interés de ley. Y es ese grave daño al interés público, el que justifica que puedan truncarse las expectativas de aquellos particulares que encontrándose

la cuestión de ilegalidad confirme la validez de la norma cuya valoración de invalidez está en la base de la sentencia que se pretende extender en sus efectos. Algo que no deja de ser discutible, incluso en el propio contexto del artículo 110.5, del que parece deducirse que deberá desestimarse el incidente de extensión de efectos de la sentencia *a quo* cuando su sentido sea contradictorio al de la sentencia definitivamente dictada en la cuestión de ilegalidad, máxime si deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —expresamente citada en el artículo—.

Efectivamente, el citado artículo menciona como una de las circunstancias que obligarán a desestimar el incidente de extensión de efectos de la sentencia el que «*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*» —es decir, el recurso para la unificación de doctrina—⁶⁶. A este recurso se debe asimilar no sólo —como algunos autores han defendido— el recurso de casación en interés de la ley⁶⁷, sino también —por lo que a nosotros más interesa— la cuestión de ilegalidad, para concluir que no deben extenderse los efectos de una sentencia originaria cuando su fallo, en lo que se refiere a la supuesta ilegalidad de la norma reglamentaria cuestionada, se ve contradicho por una posterior sentencia dictada en una cuestión de ilegalidad que, por ser desestimatoria, confirme la legalidad de aquélla.

De no admitirse con carácter general y automático la posibilidad de suspender el incidente de extensión de efectos en tanto en cuanto no se resuelva la cuestión de ilegalidad —y sin perjuicio de que pue-

en la misma situación jurídica que quien obtuvo a su favor la sentencia cuya extensión de efectos se pretende, pueden verse privados de dicha extensión».

⁶⁶ Lo que no parece que cabe, en ningún caso, es admitir el razonamiento de la Audiencia Nacional cuando aplica esta previsión, en relación con la cuestión de ilegalidad, en sus sentencias de 11 de diciembre de 2001 (*Aranz.* 143814), 12 de febrero de 2002 (*Aranz.* 58286), 21 de febrero de 2002 (*Aranz.* 144248), 3 de octubre de 2002 (*Aranz.* 58521) y 7 de noviembre de 2002 (*Aranz.* 25734), en un sentido que desvirtúa la esencia misma de la cuestión como procedimiento no prejudicial. En sendas sentencias, la Audiencia confirma la desestimación de una solicitud de extensión de efectos de una sentencia sobre la base de que tal sentencia va en contra de la jurisprudencia del TS sobre la irretroactividad de las normas cuando aplica retroactivamente una norma reglamentaria por considerar ilegal, y por tanto inaplicable, la Disposición final única de la Orden ministerial en cuestión, a pesar de lo cual no planteó la cuestión de ilegalidad. Olvida, en este punto, la Audiencia Nacional que la obligación de plantear la cuestión de ilegalidad surge con posterioridad a haberse dictado sentencia firme, de modo que se debe desvincular el sentido de la sentencia la extensión de cuyos efectos se pretende del incumplimiento por parte del Tribunal que la dictó de una obligación procesal que sólo surgió una vez aquella sentencia devino firme. Argumento que reitera la Audiencia, incluso después de que ella misma hubiera estimado una cuestión de ilegalidad sobre la Disposición cuestionada, expulsándola definitivamente del ordenamiento.

⁶⁷ Vid. en este sentido María José ALONSO MAS (2004: 301).

da entrar en juego el régimen general de las medidas cautelares—, el último recurso para salvar la contradicción derivada de una sentencia desestimatoria de una cuestión de ilegalidad pasaría por denegar la solicitud de extensión en los términos más arriba descritos, en aplicación extensiva del artículo 110.5 de la Ley.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal y como hemos intentado argumentar en las páginas precedentes, la jurisprudencia decantada en la interpretación y aplicación del artículo 86.3 de la LJCA amplía excesivamente el ámbito de la cuestión de ilegalidad, generando el riesgo —demostrado en la práctica judicial— de la multiplicación de sentencias *desestimatorias* dictadas en estos procesos, siendo éstas el «talón de Aquiles» de un procedimiento que, perfilado en sus justos términos, resulta insustituible en el marco del control de la potestad reglamentaria.

La situación pasa de insatisfactoria a paradójica cuando se observa que el asunto puede recalar finalmente en el propio Tribunal Supremo por la vía de la casación contra la sentencia dictada en la cuestión de ilegalidad, posibilidad ésta perfectamente contemplada en el artículo 86.3 de la LJCA, toda vez que —recordemos— éste se refiere a las sentencias «*que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general*» y que, de hecho, ya ha encontrado un ejemplo en la sentencia de 25 de mayo de 2004⁶⁸.

A todos estos reparos de fondo hay que sumar un dato de carácter práctico —y de índole menor—, pero que no deja de tener su importancia: mientras que en la cuestión de ilegalidad las costas no son repercutibles en las partes, en ningún caso⁶⁹, en el recurso de casa-

⁶⁸ Aranz. 4036. Esta sentencia resuelve, en efecto, un recurso de casación interpuesto contra una STSJ de Aragón de 8 de noviembre de 2001 (Aranz. 81582), por la que se estimó una cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza, por la que se declararon ilegales y, en consecuencia, se anularon los artículos 57, 58 y 59 de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Zaragoza sobre Tenencia y Circulación de Animales de Compañía.

⁶⁹ Nada dice expresamente la LJCA sobre el régimen de imposición de costas en las sentencias dictadas en cuestiones de ilegalidad. La falta de previsión específica al respecto conduce a las reglas generales contenidas en el artículo 139 de la Ley, y concretamente a su apartado segundo, conforme al cual «*se impondrán al recurrente [las costas] si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición*». La naturaleza peculiar de la cuestión de ilegalidad es por sí misma «*circunstancia que justifica la no imposición de las costas*», parafraseando los términos de la Ley. En rigor, ninguna lógica tendría plantear siquiera la posibilidad de imponer a las partes que, en su caso, se personen en la cuestión de ilegalidad las costas de un proceso que es, como tal, una derivación del proceso resuelto *a quo* que se iniciará con independencia absoluta de su voluntad y sin que sus alegaciones puedan ser consideradas plenamente como tales debido a su mero pa-

ción esta posibilidad queda perfectamente abierta en el marco de la LJCA. Esto supone que así como la tramitación de una cuestión de ilegalidad deberá ser sufragada, siempre y en todo caso, por la propia Administración de Justicia, el coste de la tramitación del recurso de casación puede repercutirse en las partes, en descargo de aquélla.

En nuestra opinión todos estos argumentos invitarían, *de lege ferenda*, a reconsiderar la formulación del artículo 86.3 de la 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 reglamentaria⁷⁰.

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. En estos términos se dotaría de perfil definitivo a una técnica, la cuestión de ilegalidad, que está ya jugando un papel fundamental en la depuración del ordenamiento jurídico.

pel de *amicus curiae*. Así lo confirma la práctica judicial: así, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12 de julio de 2002 (*Aranz.* 214.061); de Cantabria de 7 de febrero de 2003 (*Aranz.* 122133) y 7 de marzo de 2003 (*Aranz.* 360), reiteradas posteriormente de forma literal por el Tribunal Superior de Castilla y León en sentencia de 20 de junio de 2003 (*Aranz.* 1601).

⁷⁰ Emilio PUJALTE CLARIANA (1999: 242) defiende mantener este criterio en casación. En su opinión, de este modo «se corta la corruptela, surgida durante la reforma de la Ley 10/1992, de acudir a supuestos recursos indirectos para abrir la posibilidad del recurso de casación», a la que ya nos hemos referido con anterioridad.