

Albert SESÉ HERNÁNDEZ

**LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS
POR DEFECTOS FORMALES**

Trabajo de Fin de Máster

dirigido por

Prof. Dr. Juan José GUARDIA HERNÁNDEZ

Universitat Abat Oliba CEU

Facultad de Ciencias Sociales

Máster de Abogacía

2017

DECLARACIÓN

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma: Albert SESÉ HERNÁNDEZ

Resumen

La Sala 3ª del Tribunal Supremo ha establecido históricamente la doctrina conforme a la que no cabe fundar una sentencia declarativa de la nulidad de un reglamento en los defectos formales que se pudieran haber cometido en su procedimiento de elaboración. Si bien esta doctrina jurisprudencial continua vigente en su esencia, tras la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha evolucionado a favor de atribuir virtualidad anulatoria de una disposición administrativa a los vicios formales que tengan suficiente entidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo es reacio a declarar la nulidad de un reglamento por vicios formales, teniendo en cuenta la afectación de la seguridad jurídica que un pronunciamiento de estas características entraña.

Resum

La Sala 3ª del Tribunal Suprem ha establert històricament la doctrina conforme a la que no és possible fundar una sentència declarativa de la nul·litat d'un reglament en els defectes formals que es poguessin haver comès en el seu procediment d'elaboració. Si bé aquesta doctrina jurisprudencial contínua vigent en la seva essència, després de l'entrada en vigor de l'actual Llei de la Jurisdicció Contenciós-Administrativa, ha evolucionat a favor d'atribuir virtualitat anul·latòria d'una disposició administrativa als vicis formals que tinguin suficient entitat. No obstant això, el Tribunal Suprem és poc inclinat a declarar la nul·litat d'un reglament per vicis formals, tenint en compte l'afectació de la seguretat jurídica que un pronunciament d'aquestes característiques suposa.

Abstract

The 3rd Chamber of the Supreme Court has historically established the doctrine according to which it is not possible to base a declaratory judgment of the nullity of a regulation in the formal defects that may have been committed in its elaboration procedure. Although this jurisprudential doctrine continues in force in its essence, after the entry into force of the current Contentious-Administrative Jurisdiction Law, it has evolved in favor of attributing annulling effects of an administrative provision to the formal vices that have sufficient entity. However, the Supreme Court is reluctant to declare the nullity of a regulation on the basis of formal defects, taking into account the effect of the legal security that a pronouncement of these characteristics entails.

Palabras clave / *Keywords/ Paraules clau*

Recurso indirecto – Reglamento – Defectos formales – Defectos de procedimiento – Jurisdicción contencioso-administrativa – Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Direct appeal – Regulation – Formal defects – Procedural defects – Contentious-administrative jurisdiction – Supreme Court case law

Recurs directe – Reglament – Defectes formals – Defectes de procediment – Jurisdicció contenciós-administrativa – Jurisprudència del Tribunal Suprem

LISTA DE ACRÓNIMOS

ATS	Auto del Tribunal Supremo
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.....	8
II. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. LA IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS, LA ACCIÓN DE NULIDAD Y EL RECURSO DE ALZADA <i>PER SALTUM</i>	10
1. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LOS DISTINTOS RECURSOS CONTRA REGLAMENTOS.....	10
2. LA IMPUGNACIÓN DIRECTA	11
2.1. ANTECEDENTES DEL RECURSO DIRECTO	11
2.2. REGULACIÓN, PRESUPUESTOS PROCESALES Y OBJETO DEL RECURSO DIRECTO	12
2.3. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO	13
2.4. LEGITIMACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO.....	13
2.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DEL RECURSO DIRECTO.....	14
3. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA.....	14
3.1. ANTECEDENTES DEL RECURSO INDIRECTO.....	14
3.2. OBJETO Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RECURSO INDIRECTO. LA ALEGACIÓN DE LA NULIDAD DEL REGLAMENTO POR PRIMERA VEZ EN VÍA JURISDICCIONAL...	15
3.3. LEGITIMACIÓN Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO INDIRECTO	18
3.4. RELACIÓN DE INDEPENDENCIA ENTRE EL RECURSO DIRECTO Y EL RECURSO INDIRECTO.....	19
3.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DEL RECURSO INDIRECTO	20
3.6. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD	20
4. LA REVISIÓN DE OFICIO A INSTANCIA DE UN PARTICULAR: LA ACCIÓN DE NULIDAD	22
4.1. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS	22
4.2. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS	23
4.3. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE REGLAMENTOS	24
4.4. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS NO OPERA COMO ACCIÓN DE NULIDAD	25
5. EL RECURSO DE ALZADA <i>PER SALTUM</i>	27
III. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES: ESTADO DE LA CUESTIÓN	30
1. LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS.....	30
1.1. LOS VICIOS DETERMINANTES DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS.....	30

1.2. LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS ES DE NULIDAD DE PLENO DERECHO, Y NO DE MERA ANULABILIDAD	30
1.3. LOS VICIOS FORMALES Y LOS VICIOS MATERIALES: EL DEBATE SOBRE SU VIRTUALIDAD ANULATORIA	32
2. LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.....	33
2.1. IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE IMPUGNAR INDIRECTAMENTE UN REGLAMENTO POR VICIOS FORMALES	33
2.2. IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR INDIRECTAMENTE UN REGLAMENTO POR VICIOS FORMALES, SALVO CUANDO SEAN VICIOS GROSEROS O CLAMOROSOS.....	42
2.3. VICIOS INVALIDANTES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE SUSTANTIVOS, PERO QUE TAMPOCO SON DE TIPO PROCEDIMENTAL	47
2.4. CONCLUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DOMINANTE	50
3. LA POSICIÓN DOCTRINAL DOMINANTE	51
3.1. POSICIÓN DOCTRINAL CONTRARIA A LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES	51
3.2. POSICIÓN DOCTRINAL FAVORABLE A LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES	54
3.3. POSICIÓN DOCTRINAL INTERMEDIA	58
3.4. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN DOCTRINAL DOMINANTE	60
IV. CONCLUSIONES.....	62
1. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN	62
2. VALORACIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	63
3. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	64
3.1. LA POSITIVIZACIÓN DE LA POSICIÓN INTERMEDIA EN LA NORMA PROCESAL ..	64
3.2. LA ADMISIÓN EXPRESA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A REGLAMENTOS	66
TABLA DE SENTENCIAS CITADAS	68
BIBLIOGRAFÍA	69

I. INTRODUCCIÓN

El legislador de 1998 configuró el recurso indirecto contra reglamentos como el único medio en poder de los ciudadanos, junto con el recurso directo, para expulsar una disposición reglamentaria nula del ordenamiento jurídico. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, respecto de la revisión de oficio de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas, los ciudadanos solo pueden interponer la acción de nulidad cuando la solicitud que ha sido desestimada se haya formulado respecto de un acto administrativo, pero no en relación con un reglamento. En consecuencia, los medios para depurar el ordenamiento jurídico de disposiciones administrativas ilegales son escasos.

Este hecho contrasta con que, en contraposición con los actos administrativos – que solo pueden ser declarados nulos de pleno derecho en base a una lista tasada de infracciones–, los reglamentos pueden declararse nulos por vulnerar *«la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»*.

Los reglamentos, como normas que son, participan en la configuración del ordenamiento jurídico. Por esta razón, la imposibilidad de impugnar un reglamento ilegal implica que, mientras no sea derogado, se van a dictar actos administrativos de forma indefinida que van a estar viciados de base.

La jurisprudencia histórica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, sin embargo, ha interpretado las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa de forma especialmente restrictiva en cuanto se refiere a la impugnación indirecta de reglamentos, en el sentido de que los vicios formales de que puedan adolecer no pueden fundamentar una sentencia declarativa de su nulidad. Este tipo de vicios puede residenciarse, exclusivamente, en el correspondiente recurso directo o, en su caso, en la solicitud de revisión de oficio de la disposición administrativa.

El objeto del presente trabajo es el análisis de la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS sobre esta materia, y en particular de si la entrada en vigor de la actual ley procesal de 1998 ha originado un cambio de paradigma mediante la introducción de la cuestión de ilegalidad. La finalidad de este trabajo es determinar cuál es el estado de la cuestión en este momento sobre esta materia.

Para llevar a cabo esta labor se ha partido de la interpretación doctrinal y de la jurisprudencia menor y del TS sobre la materia. En cuanto al método seguido, una vez fijados los límites del objeto del trabajo, se ha seguido el criterio deductivo de análisis doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, se han tenido en cuenta las conclusiones de la doctrina y de la jurisprudencia reciente para determinar cuál es el criterio actual de los tribunales sobre la posibilidad de dictar una sentencia anulatoria de una disposición administrativa en base a defectos formales.

En relación con la estructura, la primera parte del trabajo consiste en un breve análisis de los medios de impugnación de los reglamentos y de los tipos de infracciones que, en abstracto, pueden determinar su nulidad. Posteriormente, se entra en el análisis de la jurisprudencia y doctrina en la materia para determinar cuál es el estado de la cuestión. Finalmente, se realizan una serie de conclusiones a la luz de todo lo expuesto y se expresa la valoración personal que merece la actual jurisprudencia y doctrina sobre la alegación de defectos formales en el recurso indirecto.

II. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. LA IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS REGLAMENTOS, LA ACCIÓN DE NULIDAD Y EL RECURSO DE ALZADA *PER SALTUM*

Con carácter preliminar al estudio de la jurisprudencia y doctrina científica existentes en relación con la virtualidad anulatoria de los vicios procedimentales respecto de las disposiciones administrativas, es necesario analizar los métodos de fiscalización de los reglamentos que el ordenamiento jurídico establece, al constituir el contexto del objeto de este trabajo.

Los medios previstos en la normativa procesal y de procedimiento administrativo son el recurso directo, el recurso indirecto y la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias.

1. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE Y LOS DISTINTOS RECURSOS CONTRA REGLAMENTOS

La competencia para conocer de las pretensiones deducidas contra reglamentos se atribuye al Poder Judicial por la Constitución en el apartado primero de su artículo 106¹ y, específicamente, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo por la Ley Orgánica del Poder Judicial en el párrafo primero del apartado cuarto de su artículo 9² y en su artículo 24³, y por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el apartado primero de sus artículos 1⁴ y 25⁵.

Como exponen GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS⁶, la doctrina científica ha puesto de relieve la existencia de dos tipos de recursos contencioso-administrativos contra reglamentos, según el tipo de pretensión alegada por el recurrente, el recurso directo y el indirecto. Además, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, las disposiciones reglamentarias pueden ser impugnadas directamente

¹ Según el cual «*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*».

² De conformidad con el que «*Los [juzgados y tribunales] del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con [...] las disposiciones generales de rango inferior a la ley [...]*».

³ Según el cual «*En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general [...]*».

⁴ Según este apartado «*Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con [...] las disposiciones generales de rango inferior a la Ley [...]*».

⁵ En cuya virtud «*El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general [...]*».

⁶ GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2016), *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, p. 154.

(artículos 1 y apartado primero del 25) o indirectamente (apartado primero del artículo 26⁷). Esta distinción entre sendos recursos contencioso-administrativos no es una novedad de la vigente ley procesal, del año 1998, puesto que ya se hacía en su antecesora, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956⁸.

2. LA IMPUGNACIÓN DIRECTA

2.1. ANTECEDENTES DEL RECURSO DIRECTO

Durante más de un siglo, desde 1845 –fecha inicial del contencioso-administrativo en España– hasta 1956, en nuestro ordenamiento jurídico la potestad reglamentaria estaba exenta de control jurisdiccional. Esta exclusión se fundamentaba, por una parte, en que se consideraba que la potestad reglamentaria era una potestad de imperio, de carácter discrecional y de naturaleza política. Por otra, se consideraba que la jurisdicción contencioso-administrativa solo podía tutelar derechos subjetivos, es decir, derechos administrativos perfectos, y se concebía que era imposible que un reglamento ocasionara una lesión actual a este tipo de derechos⁹.

El recurso directo se estableció inicialmente solo para el ámbito local¹⁰, y es solo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 cuando, con carácter general, se admitió el recurso directo contra los reglamentos de las administraciones¹¹.

⁷ Este precepto dispone en su primer apartado «Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho».

Es especialmente ilustrativo sobre la admisión de los dos tipos de recursos el párrafo quinto del apartado V, sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo, de la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al disponer que «Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa de algunas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la Administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho».

⁸ Ley de 27 de diciembre de 1956 (BOE número 363, de 28.12.1956).

⁹ Cfr. FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2006), *Impugnación de ordenanzas y reglamentos municipales en la jurisprudencia de 2006*, Anuario del Gobierno Local 2006, p. 268.

¹⁰ El recurso directo se introduce en nuestro ordenamiento de la mano del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 (Gaceta de Madrid número 69, de 9.3.1924), si bien específicamente respecto de las ordenanzas de naturaleza fiscal. La definitiva consagración del recurso directo contra reglamentos locales se produce en la Ley de régimen local de 1950 (BOE número 365, de 29.12.1950), cuyo artículo 386 permitió la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra reglamentos y ordenanzas a todos aquellos sujetos que invocasen un interés directo.

¹¹ El artículo 39 de la LJCA de 1956 disponía en su apartado primero que «Las disposiciones de carácter general que dictaren la Administración del Estado, así como las Entidades locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa».

La introducción del recurso directo con carácter general se enmarca en el propósito de esta ley de establecer un eficaz sistema de garantía de Justicia. En el apartado 3) de su Exposición de Motivos se decía que «El presente texto legal, encaminado a establecer un eficaz sistema de garantía de la Justicia,

Sin embargo, los requisitos de legitimación para interponer el recurso directo eran tan grandes¹² que su efectiva aplicabilidad era reducida.

El definitivo establecimiento del recurso directo se produjo, primero, con la aprobación de la Constitución de 1978 y la asunción de los postulados constitucionales de la tutela judicial efectiva consagrados en su artículo 24. Posteriormente con, la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, se eliminaron las estrictas exigencias de legitimación para la interposición del recurso directo.

2.2. REGULACIÓN, PRESUPUESTOS PROCESALES Y OBJETO DEL RECURSO DIRECTO

La regulación del recurso directo se realiza de forma paralela con el resto de tipos de actuación de la Administración que, al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, son susceptibles de ser impugnadas por medio del recurso contencioso-administrativo.

El reconocimiento del recurso directo se produce en el apartado primero del artículo 25 de la LJCA, según el cual el recurso contencioso-administrativo es admisible *«en relación con las disposiciones de carácter general»*. En este punto debe señalarse que, mientras que hay actos que no son recurribles por no haber puesto fin a la vía administrativa –al no haberse interpuesto el correspondiente recurso de alzada–, los reglamentos son, en principio, siempre recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que no cabe plantear previamente un recurso en vía administrativa¹³.

ha considerado aconsejable reducir al mínimo los actos que, a pesar de tener naturaleza administrativa, están excluidos de impugnación jurisdiccional. En su conjunto, el nuevo texto permite el acceso a los Tribunales con una generalidad que solo se da en los Ordenamientos jurídicos más avanzados».

¹² Su artículo 28 disponía en el párrafo a) de su apartado primero *«1) Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: a) Los que tuvieren interés directo en ello. b) Si el recurso tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, salvo en el supuesto previsto en el artículo treinta y nueve, párrafo tres), en que bastará la legitimación a que se refiere el apartado a)».*

¹³ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE número 236, de 2.10.2015) dispone en el apartado tercero, párrafo primero, de su artículo 112 que *«Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa».*

El objeto del recurso directo es, por lo tanto, la pretensión de que se anule un reglamento. En cuanto al fundamento jurídico del recurso, consiste en la vulneración por parte del reglamento de alguno de los límites formales o sustanciales de la potestad reglamentaria.

2.3. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO

El recurso directo tiene un plazo de interposición perentorio, de solo dos meses desde la fecha de publicación del reglamento, de conformidad con el apartado primero del artículo 46 de la LJCA¹⁴, que es el plazo general de interposición del recurso contencioso-administrativo. Debe ponerse de manifiesto que este plazo no se compadece con el alcance del vicio, dado que, si es de nulidad de pleno derecho, el reglamento tendría que poder ser recurrido siempre. Sin embargo, tanto el TC como el TS han afirmado de forma reiterada que esta sujeción del plazo para recurrir no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

2.4. LEGITIMACIÓN PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DIRECTO

Como se ha expuesto, con anterioridad a la actual norma procesal, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 exigía una legitimación especial para interponer el recurso directo contra reglamentos. La entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, que no contiene una regla específica en esta materia, ha implicado la derogación de dicha legitimación especial. En consecuencia, se aplica al recurso directo la regla general de legitimación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa contenida en su artículo 19. De conformidad con este precepto, pueden interponer recurso contencioso-administrativo tanto las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo o directo en la impugnación del reglamento¹⁶, como las personas jurídicas cuyos intereses se vean afectados por el reglamento (sindicatos, asociaciones, corporaciones, etc.).

¹⁴ Este precepto establece que «*El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada [...]*».

¹⁵ STC número 32/1989 de 13 de febrero [RTC 1989\32], STS de 21 de julio de 2010 [RJ 2010\6519] y STS de 12 de noviembre de 2010 [RJ 2011\2388].

¹⁶ En este sentido, en el párrafo noveno del apartado V, sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo, de la exposición de motivos de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se expone que «*La nueva Ley asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior*».

2.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DEL RECURSO DIRECTO

Los efectos de la sentencia estimatoria de un recurso directo contra un reglamento es una cuestión que entronca con la distinción entre los vicios que pueden motivar la declaración de nulidad de un reglamento, es decir, la distinción entre los vicios de anulabilidad y los de nulidad de pleno derecho.

El artículo 73 de la LJCA regula expresamente esta cuestión al disponer:

«Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

En consecuencia, el punto de partida es que la sentencia anulatoria de un reglamento produce efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, sin perjuicio de que, por razones de política legislativa fundamentadas en la seguridad jurídica, el legislador haya limitado la virtualidad del pronunciamiento a los actos administrativos no firmes. Este punto de partida tiene especial interés porque confirma ya en este punto que los vicios de que adolecen los reglamentos son, en todo caso, de nulidad radical.

3. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA

3.1. ANTECEDENTES DEL RECURSO INDIRECTO

El recurso indirecto tiene un origen anterior al directo. El punto de partida es que la admisión del recurso directo estaba inicialmente vedada por la consideración de que la potestad reglamentaria era una potestad de imperio y de que un reglamento no podía lesionar directamente derechos subjetivos de los administrados. Por el contrario, el recurso indirecto se desarrolló originalmente sin que esas consideraciones lo impidieran. Hay que recordar, en este sentido, que la posibilidad de que el recurso indirecto dé lugar a una sentencia declarativa de la nulidad de la disposición reglamentaria solo nace con la introducción de la cuestión de ilegalidad por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998.

Como expone CARLÓN RUIZ¹⁷, en el marco de la Ley Santamaría de Paredes de 1888¹⁸, junto con la técnica clásica de la excepción de ilegalidad toma cuerpo una suerte de recurso indirecto contra reglamentos, dirigido contra un acto de aplicación. Ambas técnicas no dejaban de ser una manifestación específica, en el ámbito de lo contencioso-administrativo, del deber-facultad de inaplicación del reglamento ilegal, común a todos los órdenes jurisdiccionales desde su introducción en la Ley –paradójicamente– Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870¹⁹. En cualquier caso, la Ley Santamaría de Paredes logró establecer mediante el recurso indirecto un mecanismo procesal que evitaba que un reglamento pudiera producir efectos perniciosos en las situaciones jurídicas de los particulares²⁰.

Sin embargo, como se ha mencionado, la configuración del recurso indirecto tal y como lo conocemos en la actualidad, esto es, como medio para expulsar un reglamento ilegal del ordenamiento jurídico, es fruto de la introducción de la cuestión de ilegalidad por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 1998.

3.2. OBJETO Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL RECURSO INDIRECTO. LA ALEGACIÓN DE LA NULIDAD DEL REGLAMENTO POR PRIMERA VEZ EN VÍA JURISDICCIONAL

El objeto de este recurso no es propiamente la impugnación de un reglamento –de ahí que cierta doctrina lo denomine «*el mal llamado recurso indirecto*²¹»–, sino la de un acto de aplicación del mismo; pero el fundamento del recurso es precisamente que el reglamento del que trae causa adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho. De conformidad con la cadena de legalidad, los vicios de que adolece un eslabón se contagian al siguiente y contaminan la actuación con un vicio de igual naturaleza. Así, de ser inválido un reglamento, también lo son sus actos de aplicación²².

¹⁷ CARLÓN RUIZ, Matilde (2008), *La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales*, Justicia Administrativa, Lex Nova, p. 32.

¹⁸ Ley sobre el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de septiembre de 1888 (Gaceta de Madrid número 258, de 14.9.1888).

¹⁹ Ley provisional de 15 de septiembre de 1870 sobre organización del Poder Judicial (Gaceta de Madrid número 258, de 15.9.1870).

²⁰ Cfr. FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2006), *op. cit.*, p. 269.

²¹ BOQUERA OLIVER, José María (1999), *La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos*, Revista de Administración Pública número 149. Mayo-agosto 1999, p. 29.

²² Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2016), *op. cit.*, p. 155.

Así se desprende, *sensu contrario*, del apartado primero del artículo 49 de la LPACAP, que hace depender la no comunicación del vicio a que el acto sucesivo sea independiente del acto viciado, al disponer:

«La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero».

Pues bien, es evidente que los actos dictados en aplicación de un reglamento dependen, necesariamente, de la validez de este.

Por lo tanto, el recurso indirecto no es propiamente un recurso contra el reglamento sino contra sus actos de aplicación, pero fundado en la invalidez del reglamento. No obstante, tras la aprobación de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, esta denominación de recurso «*indirecto*», a mi juicio, no es tan incorrecta, dado que si bien sigue siendo cierto que la pretensión del recurso contencioso-administrativo es la anulación del acto, la eventual sentencia estimatoria dará lugar al planteamiento de la cuestión de ilegalidad, en el marco de la que se podrá acabar declarando nulo el reglamento.

En relación con los fundamentos jurídicos del recurso, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS conforme a la que, para impugnar indirectamente un acto con fundamento en la ilegalidad del reglamento de que deriva, no es necesario que se haya alegado la nulidad de la disposición en la vía administrativa. El motivo de esta posición es, en esencia, que los reglamentos no son impugnables en vía administrativa, así como que en nuestro ordenamiento no existe acción de nulidad respecto de las disposiciones administrativas.

Es ilustrativa la STS de 19 de octubre de 2011 [RJ 2012\1290] (ponente Rafael Fernández Valverde), en la que se impugnó indirectamente el plan general de ordenación urbana del municipio de Huelva. El ayuntamiento recurrido alegó en su escrito de oposición al recurso de casación que no era posible pretender en vía judicial la disconformidad de una disposición de carácter general «sin antes haberla reclamado a la Administración, que se ha de enfrentar a una cuestión no suscitada en vía administrativa, y a la que se ha impedido formular su parecer al respecto, pudiendo, quizá, haberse evitado acudir a la vía jurisdiccional de haber tenido la oportunidad de revisar sus propios actos o disposiciones». Sin embargo, el TS desestimó este motivo de oposición y casó la sentencia de instancia con fundamento en las siguientes razones:

«[...] siendo las actuaciones administrativas impugnadas disposiciones de carácter general, debe recordarse el mandato previsto en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), según el cual "contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa" y así lo ha declarado esta Sala en una jurisprudencia consolidada, de la que son ejemplo las SSTs de 19 de marzo de 2008 en la que, remitiéndonos a la de 19 de diciembre de 2007, dijimos que "Los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, y así lo tiene reconocido una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Lo que en este recurso impugna la parte actora es un acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Girona que da conformidad al Texto Refundido de ciertas modificaciones del Plan General en el Plan Interprovincial PICC de Bolvir. Se impugna, pues, una disposición de carácter general. El artículo 107.3 de la Ley 30/92 establece que "contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa".

[...] Finalmente, el artículo 102.2 de la citada LRJPA tampoco concede a los particulares acción de nulidad para instar la revisión de oficio de disposiciones de carácter general, como ha declarado esta Sala en jurisprudencia también consolidada. En tal sentido, en la STS de 25 de mayo de 2010, declaramos que "el Plan Parcial, como disposición de carácter general, sólo podría ser declarado nulo por la propia Administración que lo aprobó siguiendo el trámite previsto en el artículo 102.2 de la Ley 30/1992, siempre que concurriese alguno de los supuestos contemplados en el apartado segundo del artículo 62 de la misma Ley y sin que tal previsión normativa comporte, como esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado en sus Sentencias de fechas 22 de diciembre de 1999 (recurso contencioso 344/1997), 12 de julio de 2006 (recurso de casación 2285/2003), 16 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4014/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4084/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso contencioso 88/1997) y 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4836/2003), que la revisión de oficio de las disposiciones generales pueda operar, en ningún caso, como acción de nulidad"».

Por otro lado, en mi opinión puede llegarse a la misma conclusión en base a la jurisprudencia favorable al principio *pro actione* recaída en relación con el artículo 56 de la LJCA. De conformidad con el primer apartado de este precepto «En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración».

El TC ha declarado que la prohibición de alegar motivos distintos de los aducidos en la vía administrativa para fundamentar la misma pretensión no es acorde con el principio *pro actione* ni está amparada por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-

administrativa, motivo por el que comporta la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En STC de 23 de mayo de 2005 [RTC 2005\133] declaró:

«La actuación procesal de la recurrente, consistente en definitiva en el planteamiento de alegaciones no suscitadas en la vía administrativa, está amparada por la literalidad del art. 56.1 LJCA (STC 177/2003, de 13 de octubre, F. 4) y por la doctrina del Tribunal Supremo en la que el órgano judicial, paradójicamente, se apoya para rechazar el examen de tales alegaciones, pues, conforme a dicha doctrina legal que el Juzgador dice tener en cuenta, en el presente caso no se trata tanto de que la demandante trajera al proceso cuestiones nuevas no suscitadas ante la Administración, sino que se limita a introducir o a añadir nuevos argumentos jurídicos con los que fundamentar su pretensión de anulación de la providencia de apremio. De hecho, casi todas las alegaciones procesales de la demandante se apoyaban en los apartados c) y e) del art. 111.2 del Reglamento general de recaudación, precepto que hace relación tasada de los posibles motivos de oposición frente a la providencia de apremio girada por la Tesorería General de la Seguridad Social.

[...] el Juzgador ha rechazado el examen de las alegaciones planteadas por la demandante de amparo acudiendo a una concepción del carácter revisor de la jurisdicción Contencioso-Administrativa excesivamente rígida y alejada de la que se deduce de la propia Ley. Con ello cercena injustificadamente el derecho constitucional de la actora a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida».

En consecuencia, no hay duda, hoy en día, de que para interponer un recurso indirecto no es necesario haber instado, con anterioridad, la revisión de oficio del reglamento por ser nulo de pleno derecho o haberlo impugnado en vía administrativa con fundamento en que el reglamento de que deriva es nulo, mediante el denominado recurso administrativo de alzada *per saltum*.

3.3. LEGITIMACIÓN Y PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO INDIRECTO

En la medida en que la pretensión del recurso indirecto es la anulación de un acto administrativo, la legitimación para interponerlo se circunscribe al destinatario del acto en cuestión, sin que pueda interponer el recurso un tercero interesado en la anulación del reglamento.

El plazo de interposición del recurso indirecto constituye el elemento esencial de la relevancia práctica del recurso indirecto, en tanto que permite salvar el vencimiento del plazo de dos meses para interponer el recurso directo, mediante la impugnación del acto administrativo a través del que se aplica la disposición. El plazo de interposición del recurso indirecto es únicamente restringido en lo que se refiere a la impugnación de cada acto administrativo de aplicación del reglamento, que son dos meses desde la

notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa. En el caso de que el acto que ponga fin a la vía administrativa no sea expreso, el plazo para interponer el recurso son seis meses a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto, todo ello de conformidad con el apartado primero del artículo 46 de la LJCA.

Sin embargo, en la medida en que dichos actos pueden dictarse sin límite temporal alguno, durante todo el período de vigencia del reglamento en particular, *de facto* el recurso indirecto contra reglamentos permanece abierto de forma indefinida. Basta a tal efecto que se dicte un acto de aplicación para que pueda interponerse el recurso indirecto.

Con todo, mediante el recurso indirecto se permite depurar el ordenamiento jurídico de los vicios de que adolezcan los reglamentos cuando hubiera vencido el plazo para impugnarlos directamente.

3.4. RELACIÓN DE INDEPENDENCIA ENTRE EL RECURSO DIRECTO Y EL RECURSO INDIRECTO

La impugnación indirecta y la directa son independientes, hasta el punto de que, como afirma el apartado segundo del artículo 26 de la LJCA:

«La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior».

Es decir, que la falta de impugnación directa no impide la impugnación indirecta con fundamento en la ilegalidad del reglamento del que resulta el acto administrativo.

La autonomía de ambas modalidades no solo resplandece en la posibilidad de ejercicio independiente sino también en los efectos de su eventual estimación. Fuera del caso de acumulación de ambas impugnaciones, directa e indirecta, los efectos de una y otra son distintos y no se confunden²³.

²³ Cfr. AYALA MUÑOZ, José María *et alt.* (2001), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, p. 329.

3.5. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DEL RECURSO INDIRECTO

Pese a su denominación y al potencial efecto último de anulación del reglamento, la sentencia que recaiga en el seno del proceso iniciado mediante el recurso directo produce efectos meramente *inter partes*. El órgano judicial que haya conocido del recurso indirecto no puede fallar la anulación del reglamento, que permanecerá vigente y desplegando efectos *pro futuro*. Esto se debe, como se ha expuesto, a que la pretensión del recurso indirecto es la anulación del acto, de modo que el debate procesal quedó trabado alrededor, exclusivamente, de esta cuestión.

Esta limitación a la jurisdicción del órgano judicial competente es la que explica que, hasta la entrada en vigor de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el recurso indirecto contra reglamentos fuera un mecanismo comparable a la mera inaplicación judicial regulada en el artículo 6 de la LOPJ. Este precepto dispone:

«Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

De conformidad con este precepto, si un órgano judicial detecta la nulidad de un reglamento, no podrá tenerlo en consideración a los efectos de resolver el caso del que conozca. Sin embargo, no podrá declarar su nulidad, de modo que el reglamento permanecerá en el ordenamiento jurídico y será susceptible de dar lugar a actos singulares de aplicación, que deberán ser recurridos individualmente por los particulares.

3.6. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

En principio, los efectos de la sentencia estimatoria de un recurso indirecto se limitan a la anulación del acto administrativo de aplicación impugnado, pero no del reglamento ilegal, que seguirá vigente. Esta había sido la situación anterior a la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, en la que el recurso indirecto solo facultaba al juez para inaplicar el reglamento considerado ilegal, pero no podía cuestionar su validez.

Como expone CARLÓN RUIZ²⁴, esta situación dio lugar a la multiplicación de sentencias reiterativas sobre asuntos idénticos, no pocas veces contradictorias, dado que la posibilidad de expulsar definitivamente del ordenamiento el reglamento considerado ilegal implicaba su perpetuación en el tiempo, *pro futuro* y *pro praeterito*, en contradicción directa con el carácter radicalmente nulo de la norma reglamentaria. A esto mismo se refiere la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en su exposición de motivos, al disponer:

«[...] el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros».

El legislador de 1998 asumió el objetivo de lograr que, en todo recurso indirecto frente a normas reglamentarias, se obtuviera finalmente –en el seno del mismo proceso o en otro iniciado *ad hoc*– una declaración sobre la validez de la norma reglamentaria que desplegara efectos *erga omnes*²⁵. Consciente de que la norma reglamentaria ilegal era radicalmente nula, el legislador mantuvo la doble vía de impugnación de los reglamentos –el recurso directo y el indirecto–, pero dotando a este último de virtualidad como medio de expulsión de la norma reglamentaria ilegal.

Sin embargo, el legislador no quiso obviar el sistema de distribución de competencias entre los distintos órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, por lo que distinguió el alcance del pronunciamiento del órgano judicial

²⁴ CARLÓN RUIZ, Matilde (2008), *op. cit.*, p. 34.

²⁵ La exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es, en esta materia, muy detallada y describe el régimen de la cuestión de ilegalidad de forma muy completa, al disponer en el párrafo decimosegundo de su apartado V, sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo, que «*La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos «erga omnes». De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad».* Y en el párrafo decimotercero del mismo apartado V dispone, relación con la cuestión de inconstitucionalidad, que «*La regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez».*

que conociera de un recurso indirecto en función de si era o no competente para conocer del recurso directo, salvo en el caso de que el órgano que conozca del recurso fuera el TS, en cuyo caso anularía el reglamento sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, de conformidad con el artículo 27 de la LJCA²⁶.

En consecuencia, con el objetivo de garantizar el respeto al orden interno de competencias, el legislador de 1998 introdujo una artificiosa distinción en el objeto del recurso indirecto que sería doble –acto y reglamento– o simple –solamente el acto– en función de si el órgano judicial que conociera de él fuera competente para conocer del recurso directo contra la norma indirectamente impugnada²⁷.

4. LA REVISIÓN DE OFICIO A INSTANCIA DE UN PARTICULAR: LA ACCIÓN DE NULIDAD

4.1. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS

La revisión de los reglamentos regulada en el apartado segundo del artículo 106 de la LPACAP²⁸ permite a las Administraciones públicas de oficio, en cualquier momento, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma²⁹, declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos de nulidad previstos en el apartado segundo del artículo 47 de la LPACAP³⁰. Asimismo, en su apartado cuarto declara la posibilidad de indemnizar a los destinatarios de una disposición general nula de pleno derecho, «*sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*».

²⁶ De conformidad con este precepto «1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes. 2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general. 3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el TS anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma».

²⁷ CARLÓN RUIZ, Matilde (2008), *op. cit.*, p. 35.

²⁸ Este apartado dispone que «Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2».

²⁹ En la Comunidad Autónoma de Cataluña, el órgano equivalente es la Comisión Jurídica Asesora, regulada en la actualidad por la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora (BOE número 124, de 24.5.2005).

³⁰ En virtud de este apartado «También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

La posibilidad de la revisión de oficio de los reglamentos se introdujo por la Ley 4/1999³¹, que acogió el sentir tradicional de la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA, SANTAMARÍA PASTOR, GONZÁLEZ PÉREZ), toda vez que no se observaban razones para excluir a los reglamentos de la declaración de nulidad, en atención a los principios de legalidad y seguridad jurídica que vinculan a la Administración³².

4.2. LOS LÍMITES DE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS

La revisión tanto de los reglamentos como de los actos dictados a su amparo ha de tener en cuenta en todo caso los límites que establece el artículo 110 de la misma ley, en cuya virtud:

«Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Los límites establecidos en el artículo 110 de la LPACAP constituyen una modulación de los efectos de la nulidad como consecuencia de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia, como son los de seguridad jurídica, equidad, buena fe y protección de la confianza en la apariencia de la actuación administrativa. La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas al amparo de reglamentos administrativos, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia.

Ahora bien, la subsistencia afecta, en principio, también a los actos administrativos de gravamen creados en aplicación de la norma, aunque la declaración de nulidad de un reglamento no impide la acción de nulidad contra los actos administrativos firmes, siempre que se trate de actos nulos de pleno derecho; ahora bien, su ejercicio será improcedente cuando, a través de la revisión, se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica mencionado

³¹ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE número 12, de 14.1.1999).

³² Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2016), *op. cit.*, p. 594.

por el artículo 110 de la LPACAP como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración.

4.3. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN ESTIMATORIA DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO DE REGLAMENTOS

Los efectos de la resolución del procedimiento estimatorio de la revisión de oficio de un reglamento son, en todo caso, los propios de la nulidad de pleno derecho, esto es, la eliminación pura y simple del reglamento con efectos *ex tunc* y la subsistencia, salvo revisión de oficio, de los actos firmes dictados durante su vigencia³³. La resolución que declara la nulidad del reglamento no convierte *per se* los actos firmes en actos nulos de pleno derecho puesto que en nuestro ordenamiento jurídico las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos son tasadas, y entre ellas no figura la de haberse dictado el acto al amparo de un reglamento ilegal.

Por esta razón, la jurisprudencia del TS ha reiterado la improcedencia de la revisión de oficio de los actos dictados en ejecución de un reglamento ilegal, a menos que los vicios de nulidad concurrieran en el acto, dado que, si esos actos son anulables y no fueron impugnados en tiempo y forma, devienen firmes³⁴.

Si el acto que trae causa de un reglamento ilegal es anulable y de gravamen podrá ser revocado de oficio en cualquier tiempo, siempre que, en los términos del apartado primero del artículo 109 de la LPACAP, *«tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico»*. Si el acto es favorable podrá declararse la lesividad e impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa durante los cuatro años siguientes a que el acto fuera adoptado, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 107 de la LPACAP³⁵.

³³ Cfr. SSTS de 7 de octubre de 1992 (Ar. 8461) y 4 de enero de 1999 (Ar. 52).

³⁴ El TS, en sentencia de 10 de junio de 2004 [RJ 7436\1999], entiende que los actos administrativos de liquidación dictados al amparo de una disposición general nula de pleno derecho, solo incidirán en nulidad absoluta o radical si en ellos, y solo en ellos, concurren las circunstancias definidas en el actual artículo 217 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre. BOE número 302, de 18.12.2003), que son: los dictados por órganos manifiestamente incompetentes, los constitutivos de delitos, y los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

³⁵ Dicho apartado establece *«La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82»*.

En cuanto a los actos administrativos que no sean firmes, su declaración de nulidad podrá hacerse valer al resolver el recurso directo interpuesto contra el mismo sin necesidad de acudir a la vía de revisión.

4.4. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS REGLAMENTOS NO OPERA COMO ACCIÓN DE NULIDAD

Teniendo en cuenta que la revisión de oficio de reglamentos no opera como acción de nulidad, la desestimación de la solicitud de revisión no permitirá al particular interesado ejercitar una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa pretendiendo la declaración de nulidad de la resolución dictada en el procedimiento de revisión.

La exposición de motivos de la Ley 4/1999 dispone en el párrafo segundo de su apartado V:

«En materia de revisión de oficio, en el artículo 102, se introduce un trámite de inadmisión de las solicitudes de los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma. Por otra parte, se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas, que no opera, en ningún caso, como acción de nulidad».

Una vez iniciado el procedimiento de revisión y hasta su resolución, lo procedente sería inaplicar el reglamento que la Administración considera viciado³⁶. Asimismo, en virtud del artículo 108 de la LPACAP³⁷ el órgano competente para declarar la nulidad o la lesividad podrá suspender la ejecución del acto dictado en aplicación del reglamento, una vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

³⁶ AGOUÉS MENDIZABAL (2017), *La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, [http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1821-Ponencia-Tercera-Sesion-Efectos-de-la Invalidez-de-Reglamentos-y-Planes-Prof-Carmen-Agoues.aspx](http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1821-Ponencia-Tercera-Sesion-Efectos-de-la-Invalidez-de-Reglamentos-y-Planes-Prof-Carmen-Agoues.aspx), p. 43.

³⁷ Este precepto dispone literalmente que *«Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación».*

A pesar de las críticas doctrinales formuladas por la desaparición de la acción de nulidad contra reglamentos³⁸, la jurisprudencia no permite que el particular interesado pueda ejercitar una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa pretendiendo la declaración de nulidad de la resolución dictada en el procedimiento de revisión de un reglamento³⁹. A favor de la persistencia de la acción de nulidad frente a reglamentos cabe invocar la postura de GARCÍA DE ENTERRÍA, quien entendió que pretender deducir de la redacción del artículo 102 de la Ley 30/1992⁴⁰ (hoy artículo 106 de la LPACAP) la eliminación de la acción de nulidad para poder exigir en cualquier momento de la Administración la eliminación del reglamento inconstitucional o ilegal es un auténtico contrasentido, pues, según dicho autor, carecería de toda lógica estimar imprescindible la acción impugnatoria frente a los actos administrativos viciados de nulidad de pleno derecho y mantener en cambio la impugnación frente a normas reglamentarias sujeta al rigor de los plazos preclusivos de los recursos, siendo así que la depuración de ilegalidades de los reglamentos, dada la mayor perturbación para el ordenamiento jurídico que su invalidez supone, reclamaría un tratamiento menos restrictivo⁴¹.

La doctrina jurisprudencial, sin embargo, ha subrayado la desaparición de la acción de nulidad contra reglamentos y ha declarado que la imprescriptibilidad de la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciadas de nulidad radical solo se produce en el ejercicio de la revisión de oficio por la propia Administración, ya que puede serlo en cualquier momento⁴². Entiende que la revisión de oficio de las disposiciones generales se concibe como una auténtica y verdadera actuación *ex officio*, respecto de la cual los particulares solo pueden actuar por vía del derecho de petición⁴³.

No obstante, la Audiencia Nacional ha declarado que la inexistencia de acción de nulidad respecto de los reglamentos no habilita a la Administración para calificar a su antojo la naturaleza de la solicitud de revisión del ciudadano, sin ni siquiera resolver sobre su admisibilidad. Así lo declaró en SAN de 19 febrero 2014 [JUR 2014\80615]

³⁸ Entre la doctrina que se había pronunciado a favor de la persistencia de la revisión de oficio y de la acción de nulidad frente a los reglamentos ilegales puede citarse GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y BOCANEGRA SIERRA.

³⁹ Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. A título de ejemplo, *cfr.* las SSTs de 16 de noviembre de 2006 [RJ 2006\9784] y 22 de noviembre de 2006 [RJ 2007\2068].

⁴⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE número 285, de 27.11.1992).

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2015), *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I y II, Civitas, pp. 880.

⁴² *Cfr.* las SSTs de 2 octubre 2007 [RJ 2007\8083], de 20 de diciembre de 2002 [RJ 2003\59], de 27 de febrero de 2003 [RJ 2003\1811] y de 15 julio 2011 [RJ 2011\6534].

⁴³ STS de 28 noviembre 2001 [RJ 2002\2730].

(ponente Sra. María Luz Lourdes Sanz Calvo), en la que la Administración desestimó la solicitud de revisión del reglamento del ciudadano tras haberla calificado de petición formulada al amparo de la Ley Orgánica del Derecho de Petición⁴⁴.

En el antepenúltimo párrafo de su fundamento de derecho tercero, la sentencia declaró:

«[...] esta "recalificación" de la solicitud de la Asociación recurrente y su posterior resolución por el Ministerio de la Presidencia no se ajusta a Derecho, pues en vez de dar respuesta a la solicitud de revisión de oficio formulada, en el sentido que resulte procedente incluida su inadmisibilidad por el órgano competente para ello, se hace caso omiso de la voluntad expresada en la solicitud y se considera que se trata de un derecho de petición pese a la claridad de dicha voluntad reconocida en la propia resolución impugnada. La Administración no puede recalificar a su conveniencia cuando resulta clara la voluntad del solicitante. El artículo 110.2 de la LRJPAC, si bien referido a los recursos administrativos, dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que se deduzca su verdadero carácter, pero en el caso de autos no existe error en la calificación por el solicitante y resulta claro que su verdadero carácter es de solicitud de revisión de oficio».

En cualquier caso, y a modo de conclusión, a mi entender, mediante la eliminación de la acción de nulidad contra reglamentos el legislador ha limitado y restringido una de las vías de depuración del ordenamiento jurídico y ha modulado el sentido de la imprescriptibilidad propia de la nulidad radical de las normas.

5. EL RECURSO DE ALZADA PER SALTUM

Los reglamentos no pueden ser recurridos en vía administrativa, de conformidad con el primer párrafo del apartado tercero del artículo 112 de la LPACAP.

Sin embargo, sí es posible impugnar un acto administrativo en vía administrativa con fundamento en que el reglamento del que deriva es nulo de pleno derecho, de

⁴⁴ Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición (BOE número 272, de 13.11.2001).

conformidad con el segundo párrafo del apartado tercero del mismo artículo 112 de la LPACAP⁴⁵.

Se trata del denominado recurso de alzada contra reglamentos o recurso *per saltum*. Como expone SARMIENTO ACOSTA⁴⁶, el recurso *per saltum* es un tipo de recurso de alzada impropio en el que, por razones de conveniencia, el órgano que conoce del mismo no es el superior jerárquico del que dictó el acto recurrido sino el autor del reglamento del que resulta el acto. Dicho autor expone que «[d]ebido a que el recurso se fundaba en la ilegalidad de un reglamento, parecía lógico que fuera el órgano que dictó la disposición general el que conociera dicho recurso, y no el que se encontrase en la posición de ser el superior jerárquico del que dictó el acto. Era, pues, una excepción basada en la naturaleza del fundamento del recurso, perfectamente legítima, habida cuenta de la diferencia cualitativa entre actos administrativos y Reglamentos».

El recurso *per saltum* tiene, así, en común con el recurso contencioso-administrativo indirecto de reglamentos que en ambos lo que se recurre no es propiamente el reglamento, sino el acto administrativo que lo aplica. Sin embargo, estos medios de impugnación se diferencian también en gran medida. Por una parte, porque, así como el recurso administrativo *per saltum* se interpone por definición ante el órgano autor de la disposición administrativa, el recurso contencioso-administrativo indirecto debe interponerse ante el órgano judicial competente para conocer del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, porque, así como la sentencia estimatoria del recurso indirecto da, necesariamente, lugar al planteamiento de la cuestión de ilegalidad, la eventual estimación del recurso de alzada *per saltum* en la vía administrativa no lleva aparejado el necesario planteamiento de un expediente de tal naturaleza. Esta es la razón por la que se afirma que, en vía administrativa, no existe recurso indirecto contra reglamentos.

No obstante, en mi opinión puede considerarse que sí hay una figura asimilable al recurso indirecto administrativo contra reglamentos, teniendo en cuenta lo que se ha mencionado sobre la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas. De

⁴⁵ De conformidad con este segundo párrafo «*Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición*».

⁴⁶ SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *Los recursos administrativos generales*, dentro de GAMERO CASADO, Eduardo, VALERO TORRIJOS, Julián, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2017), «Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público», Tirant lo Blanch, pp. 2357 y 2358.

conformidad con el apartado primero del artículo 106 de la LPACAP, la revisión de oficio es preceptiva cuando la Administración tiene conocimiento de la nulidad de uno de sus actos o disposiciones. Se trata de una obligación, no de una potestad discrecional. Por lo tanto, si la Administración estimó un recurso de alzada *per saltum* con fundamento en la nulidad del reglamento del que derivaba el acto, entonces necesariamente deberá revisar de oficio el reglamento con posterioridad.

En contraposición con la simple solicitud de revisión de oficio, en el caso de la revisión de oficio solicitada de forma subsiguiente a la estimación del recurso de alzada *per saltum*, el particular tendría un pronunciamiento previo de la Administración en el que, al menos de forma tangencial, reconoció la nulidad del reglamento.

En conclusión, si bien no hay en vía administrativa un expediente específico como la cuestión de ilegalidad, la conjunción del recurso de alzada *per saltum* y la revisión de oficio permiten alcanzar un resultado equiparable. Además, en el evento de que el órgano administrativo que hubiera estimado el recurso de alzada *per saltum* no revisara de oficio el reglamento, el particular siempre podría instar la revisión al amparo del primer apartado del artículo 106 de la LPACAP.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento no reconoce la acción de nulidad contra disposiciones administrativas, de modo que, si el órgano administrativo decidiese discrecionalmente desestimar la solicitud de revisión del particular, este no podrá impugnarlo. No existe, por lo tanto, posibilidad de obtener un segundo pronunciamiento sobre la nulidad del reglamento en relación con el procedimiento de revisión de oficio. Por el contrario, las sentencias desestimatorias de la cuestión de nulidad son, en principio, recurribles en casación⁴⁷.

⁴⁷ El artículo 86 de la LJCA dispone en su primer apartado que «Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación 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».

III. LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Tras haber analizado los distintos cauces para cuestionar la legalidad de las disposiciones reglamentarias, en este epígrafe se analiza la jurisprudencia y la doctrina científica recaída en la cuestión sobre la posibilidad de atribuir eficacia invalidante de un reglamento, en el seno del recurso indirecto, a los vicios de que pueda adolecer su procedimiento de elaboración.

En primer lugar, se estudian los distintos tipos de vicios de que puede adolecer, en abstracto, un reglamento, con independencia del cauce para impugnarlo. Posteriormente, se analiza concretamente el debate en torno a la posibilidad de impugnar un reglamento de forma indirecta, específicamente, por vicios de tipo procedimental.

1. LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

1.1. LOS VICIOS DETERMINANTES DE LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS

Según el apartado segundo del artículo 47 de la LPACAP:

«También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

Con ello quiere decirse que la infracción por un reglamento de sus límites jurídicos, incluyendo los que deriven de la competencia del órgano que debe adoptarlo y de los principios generales del Derecho, provoca su invalidez.

1.2. LA INVALIDEZ DE LOS REGLAMENTOS ES DE NULIDAD DE PLENO DERECHO, Y NO DE MERA ANULABILIDAD

En contraposición con los actos administrativos, la invalidez de los reglamentos solo puede ser nulidad de pleno derecho, que es la sanción jurídica más grave correspondiente a la ilegalidad o invalidez de las actuaciones administrativas. A diferencia de la anulabilidad –que es una categoría jurídica relativa a los actos administrativos y que es ajena a los reglamentos–, la nulidad de pleno derecho no se

convalida ni se subsana por el paso del tiempo, sino que es permanente o definitiva. Tampoco se puede convalidar mediante la mera subsanación de los vicios de procedimiento o de contenido en que el reglamento incurra⁴⁸. En el caso de los reglamentos, esa consecuencia jurídica se explica porque, a diferencia de las actuaciones singulares o actos administrativos, aquéllos se integran en el ordenamiento jurídico y es preciso preservar en todo momento la integridad del mismo, depurando las normas contrarias a derecho⁴⁹.

La jurisprudencia es pacífica en este sentido. A título de ejemplo, es ilustrativa la STS de 18 de mayo de 2009 [RJ 2009\4373] (ponente Sr. Pedro José Yagüe Gil). En este recurso de casación el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera impugnó la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en fecha 21 de marzo de 2006, había dictado en el recurso interpuesto por un particular y las entidades mercantiles Explotaciones Agropecuarias de Campano S.A. y Urbanización Pinar de Don Jesús S.A. contra el acuerdo de 23 de diciembre de 2003 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cádiz, por el que se aprobó definitivamente, con carácter parcial, el plan general de ordenación urbana de Chiclana de la Frontera, pero suspendiendo varias determinaciones del mismo, pendientes de la presentación de un nuevo texto refundido del plan, en el que se acreditase el cumplimiento de las observaciones contenidas en dicho acuerdo de la comisión provincial.

La referida sentencia de instancia, tras reproducir en su fundamento jurídico primero el anexo del acuerdo recurrido en el que se precisaban las determinaciones del plan general de Chiclana de la Frontera que deberían corregirse, concluyó que las rectificaciones impuestas en él resultaban de tal envergadura que imposibilitaban la aprobación del plan, incluso parcialmente. Estimó por ello el recurso y anuló el referido acuerdo.

La Administración recurrente interpuso el recurso de casación con fundamento en que la sentencia de instancia había hecho una aplicación incorrecta del artículo 63 de la Ley 30/1992 (actual artículo 48 de la LPACAP), consistente en haber declarado nula una disposición en base a un vicio de tipo procedimental que no tenía suficiente entidad como para dar lugar a tal pronunciamiento anulatorio. El TS desestimó el recurso de

⁴⁸ SSTs de 21 de mayo de 2010, 28 de septiembre de 2012 y 1 de marzo de 2013.

⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2016), *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, p. 219.

casación exponiendo que el Ayuntamiento había confundido los conceptos de acto administrativo y disposición general. El TS expuso que, así como los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad o por simple anulabilidad, las disposiciones generales no son nunca anulables, sino nulas de pleno derecho, con cita del apartado segundo del artículo 62 de la Ley 30/1992 (actual artículo 47 de la LPACAP), que establecía la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulnerasen las leyes u otras disposiciones de rango superior, sin distinción de valoración formal o material. El TS concluyó que, dado que un plan general es una disposición general, cualquier infracción en que incurra producirá su nulidad de pleno derecho.

1.3. LOS VICIOS FORMALES Y LOS VICIOS MATERIALES: EL DEBATE SOBRE SU VIRTUALIDAD ANULATORIA

Existe un antiguo debate jurisprudencial y doctrinal sobre qué tipo de defectos ocasionan la nulidad del reglamento en los términos expuestos. Este es el contexto del objeto del presente trabajo. Hay que distinguir entre los vicios de fondo y los defectos de forma del reglamento. Son vicios de fondo los relativos al contenido normativo del reglamento, es decir, a la atribución de consecuencias jurídicas a determinados supuestos de hecho en que consiste el reglamento como norma del ordenamiento jurídico. A ello se refiere el concepto de límites materiales del reglamento⁵⁰.

Por el contrario, son defectos de forma los relativos al procedimiento de elaboración del reglamento, hasta su entrada en vigor. Se refieren, por lo tanto, a los defectos que pudiera haber habido en el procedimiento de elaboración de un reglamento en cualquiera de sus fases. SÁNCHEZ MORÓN⁵¹ distingue, en base al carácter básico de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la

⁵⁰ El reglamento no puede vulnerar lo dispuesto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes, así como tampoco las normas de Derecho comunitario. Además, tampoco puede vulnerar los preceptos de otro reglamento de superior rango en virtud del principio de jerarquía normativa, ni invadir el ámbito de regulación de otra Administración o entidad con potestad reglamentaria autónoma o atribuido expresamente a otro órgano, en razón del principio de competencia. En segundo lugar, el reglamento no puede infringir la reserva de ley, en el sentido tanto de no regular los ámbitos expresamente reservados a la norma de rango de ley como en el sentido de respetar la remisión al reglamento que haya acordado el legislador (incurriendo, en caso contrario, en vicio de «*ultra vires*»). Finalmente, incluso si se trata de reglamentos independientes –en contraposición a los ejecutivos –, el reglamento debe respetar los principios generales del derecho: el de interdicción de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima, el de proporcionalidad, el de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales, entre otros.

⁵¹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2016), *op. cit.*, pp. 212 a 219.

regulación general de la Ley del Gobierno⁵² en su artículo 26 para la Administración General del Estado, los siguientes trámites en el procedimiento de elaboración de un reglamento (i) la elaboración del proyecto y consulta pública previa, (ii) la memoria de análisis de impacto normativo, (iii) los informes, (iv) la participación ciudadana y (v) la publicación.

Respecto de los vicios de contenido o materiales, no hay duda de que su consecuencia es la nulidad de pleno derecho. Por el contrario, la jurisprudencia ha considerado tradicionalmente que no cualquier vicio de forma tiene eficacia anulatoria, llegando incluso a negar la nulidad de un reglamento cuando en el procedimiento de elaboración se ha omitido un informe preceptivo, como el del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico⁵³. Nos encontraríamos ante irregularidades no invalidantes, categoría que la ley reconoce, si bien específicamente en relación con los actos⁵⁴.

Sin embargo, como se verá, la eficacia no invalidante de los vicios procedimentales no se deriva claramente de la literalidad de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DOMINANTE

2.1. IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE IMPUGNAR INDIRECTAMENTE UN REGLAMENTO POR VICIOS FORMALES

a. Planteamiento

Con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, la posición jurisprudencial mayoritaria consistía en que un vicio de los denominados formales o procedimentales –en contraposición a los sustantivos o de contenido del reglamento– no podía en ningún caso dar lugar, por sí mismo, a una sentencia declarativa de la nulidad de un reglamento.

⁵² Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (BOE número 285, de 18.11.1997).

⁵³ A título de ejemplo, la paradigmática STS de 5 de abril de 1974.

⁵⁴ En el artículo 48.2 de la LPACAP, que tiene por rúbrica «Anulabilidad», se expone que «[...] *el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados*». Se trata, no obstante, de un precepto referido a los actos administrativos, como se desprende de su literalidad. Por otro lado, como se ha mencionado la anulabilidad es una categoría relativa a la validez que solo se aplica a los actos administrativos y no a los reglamentos.

b. La distinción entre los vicios de nulidad y los de anulabilidad

Esta posición tiene su origen en la década de los años setenta, específicamente en relación con el vicio consistente en la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. En la STS de 5 de abril de 1974 se afirmó con rotundidad:

«[...] en la impugnación indirecta de las disposiciones generales al combatir los actos de aplicación de las mismas, no cabe aducir las supuestas irregularidades de procedimiento seguido al dictarlas, al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno derecho conforme al artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo posible solo su anulación a través del recurso de impugnación directa».

La *ratio decidendi* del fallo fue la distinción entre los vicios de nulidad y los de mera anulabilidad de los actos administrativos, regulados en la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo⁵⁵, en el sentido de que solo los primeros podían fundamentar la anulación judicial de los reglamentos. De conformidad con el apartado primero del artículo 47 de dicha ley:

«Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente.*
- b) Aquellos cuyo contenido sea imposible o sean constitutivos de delito.*
- c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».*

Como se ve, se trata –como el apartado primero del artículo 47 de la LPACAP– de un precepto que se refiere a los actos administrativos. En consecuencia, esta jurisprudencia, a mi juicio, hace una interpretación incorrecta del artículo 47, porque ya en aquél entonces cualquier infracción del ordenamiento por parte de un reglamento implicaba su nulidad de pleno derecho. Solo en relación con los actos administrativos podía distinguirse la categoría de irregularidades no invalidantes, en exactamente los mismos términos que el apartado segundo del actual artículo 48 de la LPACAP. En efecto, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente en el momento de

⁵⁵ Ley de 17 de julio de 1958 sobre Procedimiento Administrativo (BOE número 171, de 18.7.1958).

recaer esta sentencia del año 1974, disponía en el apartado segundo de su mismo artículo 48:

«[...] el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados».

En conclusión, solo en relación con los actos podía distinguirse entre aquellas infracciones que originaban su nulidad de pleno derecho respecto de aquellas que implicaban su anulabilidad, y de aquellas que eran simples irregularidades no invalidantes. Por el contrario, cualquier infracción del ordenamiento jurídico de los reglamentos implicaba su nulidad de pleno derecho, como en la actualidad. Por ello, esta sentencia originadora de la posición restrictiva es criticable.

c. La negación de los efectos invalidantes al vicio procedimental de la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado

La anterior posición jurisprudencial devino doctrina⁵⁶, según DE COMINGUES CÁCERES⁵⁷, en la STS de 29 de octubre de 1987 [RJ 1987\7438] (ponente Sr. Paulino Martín Martín). El litigio se había suscitado por la imposición de una sanción de multa en materia de disciplina de mercado. El recurrente sancionado basaba su recurso indirecto en que el reglamento en aplicación del que se impuso la sanción, el Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, sobre infracciones administrativas y sanciones en materia de disciplina de mercado⁵⁸, debía ser declarado nulo por haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. El TS declaró improcedente el recurso en base a la consideración de que el reglamento de tipo ejecutivo se perfeccionaba jurídicamente aunque el informe del Consejo de Estado se hubiera omitido.

ALONSO MAS⁵⁹ cita también esta sentencia como el verdadero origen de la doctrina jurisprudencial predominante durante la vigencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, en virtud de la cual el recurso indirecto solo podía

⁵⁶ A los efectos del apartado sexto del artículo 1 del Código Civil, a cuyo tenor *«La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».*

⁵⁷ Cfr. DE COMINGUES CÁCERES, Francisco (2011), *La invocabilidad de vicios formales en la impugnación indirecta de disposiciones generales. Especial referencia a los planes urbanísticos*, Wolters Kluwer, p. 1208.

⁵⁸ BOE número 299, de 15.12.1966.

⁵⁹ ALONSO MAS, María José (2002), *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*, Revista de Administración Pública, Número 157, enero-abril, p. 247.

dar lugar a la anulación del reglamento cuando se fundamentaba en vicios de fondo, no de procedimiento. Sin embargo, esta autora pone de relieve que, como señala DOMÉNECH PASCUAL⁶⁰, el TS en muchos casos ha seguido la tesis doctrinal minoritaria.

d. Los requisitos restrictivos de legitimidad y la distinción conceptual entre el recurso directo y el indirecto

En las SSTs de 17 de marzo de 1987 [RJ 1987\3774] (ponente José María Reyes Monterreal) y de 23 de mayo de 1988 [RJ 1988\3918] (ponente Julián García Estartús), se negaba la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento por vicios de tipo formal con fundamento, por una parte, en los requisitos de legitimación especialmente restrictivos que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 establecía para interponer el recurso directo contra reglamentos. Por otra, se negaba la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento por vicios procedimentales en base a que, si fuera posible, el recurso directo no tendría sentido.

La primera sentencia versa sobre el anteriormente citado Decreto 3052/1966, de 17 de noviembre, sobre infracciones administrativas y sanciones en materia de disciplina de mercado. La Dirección General de Inspección del Consumo acordó en fecha 18 de abril de 1983 imponer al recurrente la sanción de 60.000 pesetas por infracciones previstas en el mismo. El interesado interpuso recurso de alzada ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, que fue desestimado en virtud de resolución de fecha 27 de diciembre de 1984. Contra dicha desestimación, el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que lo desestimó confirmando la resolución impugnada mediante sentencia de 10 de mayo de 1985. Contra esta sentencia desestimatoria, el interesado interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

El recurrente sancionado había basado su recurso en que el reglamento era nulo, al haberse omitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado en su procedimiento de elaboración. El primer argumento de la Sala para desestimar el recurso de apelación fue la necesidad de interpretar de forma restrictiva las infracciones del ordenamiento jurídico que pueden dar lugar a la nulidad de un reglamento, dado que solo los vicios formales o sustantivos podían dar lugar a este resultado. El fundamento de esta consideración era que, en caso contrario, no habría distinción entre el recurso directo y

⁶⁰ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 110 y ss.

el indirecto, y esto no era de recibo teniendo en cuenta la especial legitimación exigida en aquel momento para interponer el primero de ellos.

El artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 reservaba la legitimación activa para «*demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración*», exclusivamente, a los que tuvieran un interés directo en ello y, en el caso de los reglamentos de la Administración Central, también a las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público y las entidades que tuvieran la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, pero siempre y cuando la disposición les afectase directamente. Por el contrario, la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa exige en su artículo 19 solamente la titularidad de un interés legítimo.

En la segunda sentencia, el litigio versaba sobre la impugnación de los acuerdos de 7 de enero y 18 de junio de 1985 de la Consejería del Interior del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por los que se impuso al recurrente una multa de 500.000 pesetas por infracción de las disposiciones administrativas sobre la instalación y explotación de máquinas recreativas y de azar. Contra dichos acuerdos, el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao, que lo desestimó mediante sentencia de 19 de julio de 1986. Contra esta sentencia desestimatoria, el recurrente sancionado interpuso recurso de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

El recurso contencioso-administrativo se fundó en la omisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de la norma reglamentaria en aplicación de la cual se había sancionado al recurrente, que era el Real Decreto 1794/1981, de 24 de julio, de Máquinas Recreativas y de Azar⁶¹. El TS desestimó el recurso, esta vez, con fundamento en que el recurso indirecto solo puede fundamentarse, cuando no en vicios de tipo material, en vicios de tipo procedimental o formales que deben encuadrarse en alguno de los supuestos que ocasionan la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, de conformidad con el apartado primero del artículo 47 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo (coincidente con el artículo 47.1 de la actual LPACAP).

⁶¹ BOE número 197, de 18.8.1981.

Por lo tanto, estas sentencias seguían la línea de la referida sentencia del TS originadora de esta posición jurisprudencial, de 5 de abril de 1974.

e. El vicio del reglamento debe proyectarse sobre el acto impugnado

Del conjunto de motivos en base a los que la jurisprudencia tradicionalmente ha negado la impugnación indirecta por vicios procedimentales, el que más se ha consolidado es el de la necesidad de que el vicio de que adolece el reglamento se proyecte sobre el contenido del acto impugnado. Se considera que esto ocurre cuando, por ejemplo, a causa de la omisión de un informe preceptivo el contenido que ha acabado teniendo el reglamento ha sido uno determinado.

Respecto de este criterio, lo primero que puede decirse es que entronca, de alguna manera, con lo previsto en el apartado segundo del ya citado artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y de la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud los vicios formales de los actos implican su anulabilidad cuando les impidan alcanzar su fin o den lugar a la indefensión de los interesados.

Podría decirse que se trata de un criterio esencialmente lógico de interpretación de la LJCA dado que, si el apartado primero de su artículo 26 permite recurrir un acto con fundamento en que el reglamento del que deriva es ilegal, lo lógico es entender que el vicio de que adolece el reglamento debe plasmarse de forma más o menos directa sobre el acto. De conformidad con este criterio, los principios de seguridad jurídica no podrían ceder cuando el acto impugnado realmente no se ha «contaminado» del vicio del reglamento del que es aplicación.

Esta posición jurisprudencial es la que se ha impuesto tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. DE COMINGES CÁCERES⁶² cita la STS de 11 de octubre de 2005 [RJ 2005\8588] (ponente Eduardo Espín Templado) para ilustrar que el criterio sigue siendo el mismo tras la entrada en vigor de la actual norma procesal, es decir, el criterio de la imposibilidad de declarar nulo un reglamento en base, exclusivamente, a vicios de tipo procedimental, cuando el vicio material no se proyecta sobre el concreto acto de aplicación.

El recurso de casación que dio lugar a dicha sentencia fue interpuesto contra la SAN de 13 de septiembre de 2002, por la que se desestimó el recurso promovido contra

⁶² DE COMINGES CÁCERES (2011), *op. cit.*, p. 1208.

el acuerdo del Banco de España de 24 de febrero de 1998, así como contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de junio de 1998, por el que se inadmitía al recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo anterior. El acuerdo del Banco de España consistió, por una parte, en la no oposición a la oferta pública de adquisición de acciones efectuada por Banco de Santander, S.A. sobre el 52 por ciento del capital social de Banco Español de Crédito, S.A. para alcanzar una participación sobre el mismo del cien por cien. Por otra parte, el Banco de España autorizó un tratamiento contable de la operación consistente en que el fondo de comercio que surgiese en la adquisición se amortizara con cargo a la prima de emisión que simultáneamente afloraría en la ampliación de capital prevista, todo ello en aplicación de su Circular número 4/1991, de 14 de junio⁶³, que establece normas de contabilidad y modelos de estados financiero de las entidades de crédito.

El recurrente fundamentó el recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en que el acto recurrido era ilegal porque la mencionada circular de que derivaba adolecía del vicio consistente en que, en su procedimiento de elaboración, no se había emitido el preceptivo dictamen del Consejo de Estado. La sentencia desestimatoria consideró, no obstante, que, en el ámbito de los recursos indirectos, no cabe fundar la ilegalidad de la disposición en simples disconformidades, omisiones o defectos formales en su elaboración.

El recurrente planteó recurso de casación ante el TS en base a la tesis de que, entre otros, la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa había venido a reforzar la impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general con la introducción de la cuestión de ilegalidad. Sin embargo, el TS declaró que la mera introducción de la cuestión de ilegalidad no era motivo para considerar que se hubiera producido un cambio de criterio en tal sentido. En consecuencia, continuaba siendo aplicable el criterio conforme al que, el hecho de que el apartado segundo del artículo 39 de la LJCA de 1956 –y de igual modo el apartado primero del artículo 28⁶⁴ de la actual LJCA– no excluyera expresamente ningún tipo de vicio del recurso indirecto contra disposiciones generales, no suponía transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente

⁶³ Circular del Banco de España número 4/1991, de 14 de junio, a Entidades de crédito sobre normas de contabilidad y modelos de estados financieros (BOE número 153, de 27.6.1991).

⁶⁴ De conformidad con el que «Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho».

abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impugnación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria. Por lo contrario, según el TS la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos, quedando el recurso indirecto tan solo para depurar, con ocasión de su aplicación, los vicios de ilegalidad material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados.

En cualquier caso, puede afirmarse que esta interpretación superó el dogma de la prohibición categórica de anular un reglamento por vicios de tipo procedimental, dado que les atribuyó tal consecuencia cuando los vicios se hayan plasmado sobre el contenido del acto recurrido. El razonamiento ya no es que el vicio procedimental no puede, por definición, dar lugar a la nulidad de un reglamento porque se trataría de una irregularidad no invalidante de conformidad con el artículo 48 de la LJCA, relativa a la anulabilidad de los actos administrativos.

En la jurisprudencia más inmediata de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, salvo alguna excepción no sustancial, el criterio vigente continúa siendo el tradicional. En la STS de 7 de junio de 2017 [RJ 2017\2819] (ponente Rafael Fernández Valverde), se impugnó ante el TS la sentencia del TSJ de las Islas Baleares por la que se desestimó un recurso contencioso-administrativo formulado contra un acuerdo del Pleno del Consejo Insular de Menorca en virtud del que se dieron por cumplimentadas ciertas prescripciones señaladas en otro acuerdo anterior en relación con una modificación puntual de las normas subsidiarias del término municipal de Es Mercadal.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares desestimó el recurso contencioso-administrativo con cita de la jurisprudencia del TS sobre la inadmisibilidad de los vicios procedimentales en el recurso indirecto. Por su claridad, merece ser reproducida la cita de esta jurisprudencia por la sala:

«En este sentido venimos declarando, por todas, Sentencia de 11 de octubre de 2005 [...] que ni el anterior artículo 39.2 y 4 de la Ley de 1956 ni el actualmente vigente artículo 26 excluyen expresamente ningún tipo de vicio del recurso indirecto contra disposiciones generales. Sin embargo, este Tribunal consideró que el sentido de la ley era que con ocasión de la

aplicación de cualquier disposición general pudieran depurarse los vicios de ilegalidad en que pudiesen incurrir cuando dicha ilegalidad se proyectaba sobre el acto concreto de aplicación que se sometía a la revisión jurisdiccional, pues es precisamente en su aplicación concreta cuando más fácilmente se ponen de relieve consecuencias difícilmente advertibles en una consideración abstracta de la norma. Sin embargo, ello no suponía transformar la impugnación indirecta de los reglamentos en un procedimiento abstracto de control de normas permanentemente abierto y con independencia de que el vicio advertido se proyectase o no sobre el acto concreto de aplicación, como sucedería si a través de la impugnación indirecta se pudiesen plantear los vicios formales o de procedimiento en que pudiera haber incurrido la elaboración de una disposición reglamentaria. Por lo contrario, la impugnación de los vicios de procedimiento tiene su sede natural en los recursos directos y en los plazos para ellos establecidos, quedando el recurso indirecto tan solo para depurar con ocasión de su aplicación los vicios de ilegalidad material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados. En suma, razones tanto del fundamento del recurso indirecto en el ámbito de las disposiciones reglamentarias como razones de seguridad jurídica, hacen preferible que los posibles vicios de ilegalidad procedimental de los reglamentos tengan un período de impugnación limitado al plazo de impugnación directa de la disposición reglamentaria [...]”».

En su recurso de casación, el recurrente denunció que esta sentencia conculcaba, por inaplicación, el apartado segundo del artículo 71 de la LJCA⁶⁵ en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la imposibilidad de alegar vicios formales en los casos en los que se utilice el recurso indirecto. En el escrito del recurso de casación el recurrente alegó textualmente que *«el Tribunal de instancia continuó en su inveterada costumbre de enrocarse en el desechar los vicios formales».*

Para resolver el caso, el TS hizo cita de sus sentencias de 10 de diciembre [RJ 2003\1192] y de 27 de octubre de 2003 [RJ 2003\8596], que establecieron que, para que

⁶⁵ En cuya virtud *«Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».*

prospere un recurso indirecto, ha de haber una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la disposición reglamentaria y de disconformidad a derecho del acto de aplicación. Es decir, es necesario que el defecto imputado al reglamento trasluzca en el acto impugnado. Por tanto, en la impugnación indirecta no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo directamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria, como es el caso de los defectos formales. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto a aquel plazo, deben ser inadmitidas, desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma.

En base a estas razones, el TS declaró no haber lugar al recurso de casación en relación con el cumplimiento de prescripciones impuestas en una modificación puntual de normas subsidiarias para su adaptación al plan territorial insular de Menorca.

Y, a título ejemplificativo, en la reciente STSJ de Madrid de 26 de junio de 2017 [JUR 2017\207427] (ponente José María Segura Grau) se resolvió con el mismo criterio mediante la cita textual del mismo fragmento de las sentencias citadas para desestimar el recurso indirecto que había interpuesto la Mancomunidad Depuradora de Baños contra la liquidación por el canon de regulación del agua del sistema del Ambroz para la campaña del año 2010.

2.2. IMPOSIBILIDAD DE IMPUGNAR INDIRECTAMENTE UN REGLAMENTO POR VICIOS FORMALES, SALVO CUANDO SEAN VICIOS GROSEROS O CLAMOROSOS

Frente a la posición expuesta, existe otra línea jurisprudencial, de origen más moderno, que permite fundamentar una sentencia anuladora de un reglamento en que adolece de vicios de tipo exclusivamente procedimental que, por su especial intensidad, los hace merecedores de esa sanción. Se trata de los vicios procedimentales que podrían calificarse de «groseros», y que se distinguen cualitativamente del resto de defectos formales.

a. Modificación del planeamiento urbanístico con omisión de las reglas de competencia y procedimiento

La jurisprudencia ha considerado que es «grosero», a los efectos de atribuirle virtualidad anulatoria del reglamento, el vicio procedimental consistente en la omisión de las reglas de competencia y procedimiento de la disposición administrativa.

Este razonamiento se pone de manifiesto en la STS de 6 de julio de 2010 [RJ 2010\6068] (ponente Jesús Ernesto Peces Morate), relativa a la impugnación indirecta de planes de ordenación. El punto de partida de la sentencia es que, con posterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, si bien se ha mantenido la jurisprudencia anterior a que se ha hecho referencia, se ha venido admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente.

El TS expone que, en relación específicamente con la impugnación indirecta del planeamiento urbanístico, su jurisprudencia ha permitido el recurso indirecto basado en la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprobó definitivamente, en el defecto de comunicación a la Administración del Estado –a pesar de las competencias que ostentaba sobre el ámbito a desarrollar– y en la falta de notificación de su tramitación, generadora de una indefensión material y real. A estos motivos de impugnación, el TS añade con esta sentencia los consistentes en el incumplimiento de las reglas de competencia y procedimiento establecidas para una modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, incluida la simple permuta de superficie.

Este fue precisamente el supuesto enjuiciado por la sala de instancia, en el que el plan especial de reforma interior del Ayuntamiento de Barcelona se impugnó con fundamento en que llevó a cabo una alteración de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas para ello. Por estas razones, el tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Barcelona, confirmando la nulidad del plan.

Y de forma más inmediata puede citarse la STS de 16 de febrero de 2017 [RJ 2017\802] (ponente Rafael Fernández Montalvo), que recayó en un recurso indirecto en el que se alegó la incompetencia del órgano administrativo para dictar una orden foral.

El recurrente expuso que, inicialmente, la jurisprudencia de aquella Sala no consideraba posible alegar en la impugnación indirecta de disposiciones generales vicios de forma. Sin embargo, después de la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evolucionó dicha doctrina restrictiva para

admitir, sin ninguna limitación, la posibilidad de alegar en dicha clase de impugnación determinados supuestos de vicios formales, como son la omisión total y absoluta del procedimiento en su aprobación o la manifiesta incompetencia del órgano que las dicta.

En este sentido, si bien el TS rechazó la relevancia de esta alegada evolución en el caso concreto, en cierta medida la reconoció, al exponer:

«[...] aunque se admita el planteamiento teórico de que parte la recurrente y que el fundamento jurídico tercero de la sentencia sea contrario a la evolución de nuestra jurisprudencia, resulta que la sentencia de instancia no podría ser casada porque, en su fundamento jurídico cuarto, se pronuncia como si no existiera impedimento alguno para examinar y decidir, en el recurso indirecto, sobre la alegada incompetencia del órgano del que procede la disposición general impugnada, el alcance de la potestad reglamentaria ejercida y la competencia del Territorio Histórico en el ámbito de la previsión, contenida en el artículo 149.1.18 CE».

Finalmente, debe traerse a colación en relación con la admisibilidad de los vicios formales clamorosos en la impugnación indirecta de reglamentos la STS de 20 de julio de 2016 [RJ 4404\2012] (ponente Rafael Fernández Valverde). Además, esta sentencia es merecedora de cita porque tiene en cuenta la mayor o menor entidad del defecto formal de que se trate, en la línea de parte de la doctrina científica. En la sentencia se expone:

«Es cierto, por otro lado, que nos encontramos ante una disposición de carácter general de naturaleza reglamentaria, como ha sido definido por el TS en reiterada doctrina cuya cita resulta ociosa, lo que, en una lectura rápida, llevaría a la inaplicabilidad del artículo 67 de la Ley 30/92 en cuanto no estamos hablando de actos; pero no es menos cierto que no todo vicio determina la plena nulidad de la disposición. Por ejemplo, resultaría desproporcionado asimilar las consecuencias de un vicio manifiesto de incompetencia con la omisión de un informe con infracción del artículo 43 f) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, lo que nos llevaría a plantear la solución adoptada por la Administración sobre la base de la aplicación analógica del artículo 66 del mismo texto, esto es, la conservación de aquellos actos no viciados».

b. La omisión del trámite de audiencia y la indefensión del interesado

La jurisprudencia también ha considerado que es «grosero» el vicio procedimental consistente en la omisión de la audiencia del interesado por parte del ayuntamiento en la aprobación de un proyecto de reparcelación.

En la STS de 26 de diciembre de 2007 [RJ 2008\673] (ponente Rafael Fernández Valverde), el tribunal de instancia estimó el recurso que el interesado había interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Villajoyosa de 20 de febrero de 2001, por la que se aprobó el proyecto de reparcelación forzosa. El tribunal de instancia estimó el recurso en base a que el proyecto de reparcelación era un acto ejecutivo de un programa de actuación integrada que no fue notificado al recurrente, pese a ser titular catastral de una de las fincas incluidas en el ámbito de programación, razón por la que se le causó indefensión.

El TS confirmó la sentencia de instancia partiendo de su doctrina conforme a la que, en el seno del recurso indirecto, solo es posible aducir vicios procedimentales si existe una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a derecho del acto de aplicación. Pues bien, en el concreto caso concurría esta relación de causalidad debido a que se omitió de forma absoluta la comunicación de la tramitación del programa de actuación integrada⁶⁶ al interesado, causándole indefensión, dado que se le impidió formular alternativas tendentes a la toma en consideración de la situación del inmueble de su propiedad para cuya reconstrucción el propio ayuntamiento había concedido las correspondientes licencias.

Se trata esta de una posición jurisprudencial que, a mi juicio, es óptima y que debería sentar el precedente en esta materia. La prohibición categórica de la aducción de vicios formales con ocasión de la interposición de un recurso indirecto es desproporcionada, al negar que este tipo de vicios pueda, en ningún caso, afectar al interesado. Sin embargo, el caso de la citada sentencia es muy ilustrativo: la falta de

⁶⁶ Si bien el programa de actuación integrada no tiene naturaleza normativa, y por lo tanto no es un reglamento, lo cierto es que el TS resolvió como si lo fuera. No obstante, el hecho de que el TS admitiese su impugnación por motivos formales supuso que este error conceptual no tuviese trascendencia práctica para el interesado. De conformidad con el artículo 108 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana (BOE número 7329, de 31.7.2014), los programas de actuación tienen por objeto «a) Ordenar el proceso de gestión urbanística. b) Regular las relaciones entre propietarios, urbanizador y administración. c) Determinar los derechos y obligaciones de los afectados, delimitando su contenido económico. d) Planificar la cronología y etapas para el desarrollo de las obras y actuaciones reparcelatorias. e) Delimitar o redelimitar unidades de ejecución. f) Concretar reservas de terrenos para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. g) En su caso, programar la edificación de solares o la rehabilitación de edificios».

notificación o de audiencia del interesado puede dar lugar a la configuración del contenido del reglamento de tal forma que lo perjudique directamente, en la medida en que los actos que lo aplicarán con posterioridad no serán sino la consecuencia directa de la imposibilidad de haber hecho alegaciones al respecto.

Además, esta posición jurisprudencial tampoco peca de excesiva, porque no da virtualidad anulatoria a todo tipo de vicio formal, sino que reserva esta consecuencia solo a vicios clamorosos o esenciales, como se trata de la omisión del trámite de audiencia⁶⁷.

c. La incompetencia del órgano del ayuntamiento que subsana los defectos del plan general de ordenación urbana

Otro supuesto en que el TS ha admitido que el vicio procedimental es tan grave –o «grosero»– que conlleva la nulidad del reglamento es el de la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprueba.

En el litigio de la STS de 17 de junio de 2003 [RJ 2003\4573] (ponente Juan Manuel Sanz Bayón), el TSJ de Murcia había dictado sentencia, en fecha 22 de diciembre de 1998, estimatoria de los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a las resoluciones de la alcaldía del Ayuntamiento de Jumilla, de fechas 25 de septiembre de 1991 y 21 de julio de 1995, en virtud de las que se subsanaron ciertas deficiencias de la orden de aprobación de la modificación del plan general de ordenación urbana y se concedió licencia de obras para la construcción de edificio. En este caso, pese a que tal competencia correspondía al pleno de la corporación, la modificación del plan general de ordenación urbana se llevó a cabo por el concejal delegado de urbanismo.

El TS ratificó dicha sentencia y desestimó en este extremo el recurso de casación con fundamento en que el recurso indirecto interpuesto contra la modificación puntual de dicho instrumento urbanístico, mediante la impugnación de la concesión de la citada licencia, debía prosperar, dado que, de conformidad con la legislación en materia de régimen local, la aprobación inicial y provisional del proyecto de dicha modificación puntual correspondía al pleno del consistorio.

⁶⁷ En este sentido es ejemplificativo el reconocimiento del derecho de los interesados al trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de reglamentos que hace la Constitución en el apartado a) de su artículo 105, según el cual «*La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten*».

2.3. VICIOS INVALIDANTES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE SUSTANTIVOS, PERO QUE TAMPOCO SON DE TIPO PROCEDIMENTAL

Finalmente, debe hacerse mención de la línea jurisprudencial que ha declarado la invalidez de normas reglamentarias por la interposición de recursos indirectos basados en vicios como su falta de publicación o el hecho de no haberse elaborado, en el expediente administrativo de aprobación de la disposición reglamentaria, la preceptiva memoria económico-financiera.

a. La falta de eficacia del reglamento por no haber sido publicado

La falta de publicación de un reglamento no es, desde mi punto de vista, un vicio atinente a su eficacia, sino a su propia validez. La publicación del reglamento es un trámite más de su procedimiento de elaboración –el último–, cuya omisión determina su invalidez. En apoyo de esta tesis puede aludirse al hecho de que, así como la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas contiene un capítulo enteramente relativo a la eficacia de los actos –comprensivo de sus artículos 37 a 46–, respecto de los reglamentos solo se hace referencia a su validez o invalidez.

Esta posición jurisprudencial va en consonancia con el dogma de la prohibición de anulación de reglamentos por vicios formales, que llega al punto de inadmitir que la falta de publicación pueda tener tal carácter, porque otra cosa implicaría relativizar dicha prohibición absoluta.

Sea como fuere, no hay duda de que la omisión de la publicación de un reglamento ha dado lugar al éxito de los recursos indirectos interpuestos contra el mismo. A título de ejemplo, en STS 30 de noviembre de 2012 [RJ 2012\559] (ponente Isabel Perelló Domenech) se declaró nulo un reglamento por no haber sido publicado.

En dicho proceso, la Sociedad Náutica Las Fuentes era concesionaria del puerto deportivo de Alcalá de Xivert, concesión que fue inicialmente otorgada en 1974. En el terreno de dominio público que pertenece al puerto había un enclave de propiedad privada dotado de apartamentos, uno de los cuales adquirió la recurrente en propiedad. En el año 1976 fue aprobado el reglamento de explotación, policía y tarifas del puerto deportivo, que se modificó en 1989. En la modificación se incluyeron dos anexos; el Anexo II regulaba, entre otras materias, la contribución a los gastos de conservación y mantenimiento del puerto, estableciendo la obligación de los propietarios de los apartamentos de sufragar determinados gastos de las instalaciones. Habilitada por este

reglamento, la sociedad concesionaria elaboró la liquidación y el presupuesto impugnados en este proceso. El recurrente solicitó la anulación del acto recurrido por invalidez del reglamento que le servía de soporte.

El tribunal de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo con fundamento en que, con ocasión de la interposición de un recurso indirecto, no podían alegarse defectos del procedimiento de elaboración de la disposición general. Sin embargo, el TS declaró que la falta de publicación sí puede alegarse en dicho recurso, dado que no es un vicio que se refiera a la validez del reglamento, sino a su eficacia. En consecuencia, casó la sentencia de instancia y declaró nulo el reglamento.

b. La ilegalidad del reglamento por haberse omitido la memoria económico-financiera en el procedimiento de elaboración

De igual forma que lo relativo a la falta de publicación, la omisión de la memoria económico-financiera es un vicio que, a mi juicio y pese a lo sostenido por el TS, debe calificarse de vicio formal, en la medida en que consiste en la omisión de un trámite de su procedimiento de elaboración. Sin embargo, el TS es reacio a admitirlo e insiste en calificarlo de vicio material, por las mismas razones que las expuestas respecto de la omisión de la publicación.

Sobre la calificación de la omisión de la memoria económico-financiera como un defecto material que no impide su valoración en el seno de la impugnación indirecta de un reglamento es muy ilustrativa la STSJ de Castilla y León de 10 de febrero [RJ 2012\83797] (ponente Francisco Javier Pardo Muñoz).

En los antecedentes de esta resolución, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Palencia en la que, apreciando las causas de inadmisión planteadas por el Ayuntamiento de Magaz de Pisuerga, en calidad de la Administración recurrida, se declaró la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo que impugnaba indirectamente una ordenanza fiscal, en el que se había invocado la insuficiencia del informe económico para su redacción originaria y la inexistencia de estudio financiero para realizar sus sucesivas modificaciones, con fundamento en que, a través de una impugnación indirecta, no cabía plantear vicios de carácter procedimental padecidos en la elaboración de una disposición general, la cual queda tan solo para depurar con ocasión de su aplicación los vicios de ilegalidad

material en que pudieran incurrir las disposiciones reglamentarias y que afecten a los actos de aplicación directamente impugnados.

En el recurso de apelación, la sociedad recurrente alegó los defectos atinentes a la memoria económico-financiera no eran de tipo formal sino de fondo o material y, por lo tanto, susceptible de impugnación indirecta.

La sala dio, en este punto, la razón al recurrente, en base a una serie de argumentos. En primer lugar, la sala admitió que no se trataba de un vicio formal, sino material, debido a que, de conformidad con la doctrina de la sala de lo contencioso-administrativo del TS, el estudio económico financiero de referencia es un instrumento de importancia esencial para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación costes globales e ingresos referentes a la prestación del servicio de que se trate, de modo que el informe, al coadyuvar directamente a la determinación de la deuda tributaria, está sometido al principio de reserva legal. El TS había expuesto, además, que este informe es la garantía del principio de equivalencia entre el importe previsible de una tasa y el coste previsible del servicio, y, por ello, su carácter esencial es condición del contenido de la ordenanza fiscal, sin perjuicio de que no determine taxativamente los elementos del tributo (porque solo establece los límites económicos que ha de respetar la imposición y la definición general de sus diferentes elementos).

Ulteriormente, la sala hizo cita del artículo 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos⁶⁸, de conformidad con cuyo apartado primero la falta de memoria económico-financiera en una propuesta de establecimiento de una nueva tasa o de modificación de la cuantía de una preexistente determina, en todo caso, la nulidad de pleno derecho del reglamento en que se determina la cuantía de la tasa⁶⁹.

En base a estos dos fundamentos establecidos por la sala de lo contencioso-administrativo del TS, el TSJ de Castilla y León calificó la insuficiencia del informe económico de una ordenanza fiscal por la que se regula una tasa y la inexistencia de

⁶⁸ BOE de 15.4.1989.

⁶⁹ De conformidad con este apartado del precepto «*Toda propuesta de establecimiento de una nueva tasa o de modificación específica de las cuantías de una preexistente deberá incluir, entre los antecedentes y estudios previos para su elaboración, una memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta. La falta de este requisito determinará la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que determinen las cuantías de las tasas.*».

estudio financiero para realizar sus sucesivas modificaciones como un defecto material, y no formal, a los efectos de la posibilidad de interponer el recurso indirecto.

Por su parte, el TS, en sentencia de 1 de julio de 2003 [RJ 2003\5801] (ponente Jaime Rouanet Moscardó), declaró nula la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Bembibre reguladora de la tasa por prestación de los servicios de gestión y recaudación del recargo provincial sobre el impuesto de actividades económicas con fundamento en que se omitió el estudio económico-financiero de referencia.

El TS negó que esta omisión fuera un vicio formal a los efectos de estimar el recurso indirecto. Por el contrario, entendió que se trataba de un vicio que, por su importancia, era directamente atinente a la validez de la ordenanza, dado que el estudio económico-financiero es un elemento esencial para determina la cuantía de la deuda tributaria como resultado de la valoración de la relación de costes globales e ingresos referentes a la prestación del servicio de que se trate. Igualmente citó su jurisprudencia conforme a la que el informe en cuestión era la garantía del principio de equivalencia entre el importe previsible de la tasa y el coste previsible del servicio, y, por ello, su carácter esencial es condición del contenido de la ordenanza, sin perjuicio de que no determine taxativamente los elementos del tributo –porque solo establece los límites económicos que ha de respetar la imposición y la definición general de sus diferentes elementos–, de modo que su inexistencia, propiamente dicha, provoca, fatalmente, la nulidad de la ordenanza.

2.4. CONCLUSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DOMINANTE

La doctrina histórica del TS se ha apoyado, en mi opinión, en una interpretación restrictiva de las sucesivas leyes de la jurisdicción contencioso-administrativa para negar la posibilidad de fundamentar un recurso indirecto de una disposición general en base a defectos de tipo procedimental.

Se trata de un interpretación que, sin embargo, no tiene un apoyo indudablemente expreso en la literalidad de la norma, y que se ha basado en criterios que, desde mi punto de vista, pueden reducirse principalmente a tres: (i) el criterio de tipo lógico, que inadmite dichos defectos porque es necesario que los vicios procedimentales tengan un reflejo en el contenido final del reglamento, (ii) el criterio conceptual o de diferenciación del recurso directo respecto del indirecto, que entiende que si el recurso indirecto pudiese fundarse en los mismos vicios que el directo, carecería de sentido que

existiera una distinción entre ambos, teniendo en cuenta el plazo perentorio de interposición del recurso directo, y (iii) el criterio que resta importancia a los vicios de tipo procedimental, en el sentido de que deben entenderse convalidados por el transcurso de 2 meses tras la publicación del reglamento, sin que se haya impugnado directamente.

En el fondo, estos argumentos representan una pugna entre la función depuradora del ordenamiento del recurso indirecto y la seguridad jurídica del ordenamiento, que se garantiza constitucionalmente⁷⁰.

No obstante, la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de admitir el recurso indirecto fundado en vicios de tipo procedimental en ciertos casos, siendo el más importante el caso en que se ha causado indefensión al interesado, que por ejemplo no ha podido hacer alegaciones respecto del contenido de un reglamento en aplicación del que, con posterioridad, se han dictado actos perjudiciales para el recurrente. Este es, a mi juicio, el estado de la cuestión desde el punto de vista jurisprudencial. Se ha atemperado el dogma de la imposibilidad de fundar el recurso indirecto en vicios procedimentales con el objetivo tanto de dar una mayor tutela judicial efectiva al interesado como de, simplemente, depurar el ordenamiento jurídico de los reglamentos en cuyo procedimiento de elaboración se cometieron infracciones de especial intensidad, que merecen la calificación de «groseras».

3. LA POSICIÓN DOCTRINAL DOMINANTE

3.1. POSICIÓN DOCTRINAL CONTRARIA A LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES

Los autores contrarios a la virtualidad anulatoria de los vicios formales en el seno del recurso indirecto contra reglamentos se fundamentan, en parte, en el propio tenor literal de los preceptos reguladores de la cuestión de ilegalidad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Conforme a esta doctrina, la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 1998, mediante la introducción de la cuestión de ilegalidad, habría supuesto una restricción o confirmación de la exclusión de los motivos formales para impugnar los reglamentos.

⁷⁰ El artículo 9 de la Constitución dispone en su apartado tercero «*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*».

Algunos autores han tenido en cuenta, en este sentido, el artículo 27 de la LJCA⁷¹, relativo al planteamiento de la cuestión de ilegalidad, y, en particular, su apartado primero, que se refiere al «contenido» del reglamento indirectamente impugnado. Así, SÁNCHEZ MORÓN⁷² expone que «[...] en el artículo 27.1 reaparece la mención a la ilegalidad del *contenido* de la disposición general aplicada, como motivo de estimación del recurso indirecto y planteamiento consiguiente de la cuestión de ilegalidad, lo que ofrece un apoyo para mantener la doctrina del TS sobre los vicios del reglamento en que puede fundarse el recurso indirecto».

En el mismo sentido, BOQUERA OLIVER⁷³ menciona que «La jurisprudencia ha dicho que solo la ilegalidad del contenido (preceptos) de la disposición puede justificar la anulación del acto que lo aplica, pero otros vicios (de forma) de la misma no sirven de fundamento a su anulación. La nueva Ley de la Jurisdicción dice lo mismo en su artículo 27.1, pues se refiere a la ilegalidad del «contenido de la disposición general», excluyendo a los vicios de los restantes elementos (causa, voluntad, forma y fin)».

Y, por su parte, ALONSO MAS⁷⁴ entiende que, si bien los vicios procedimentales son una cuestión de interés general que debería dar lugar a la nulidad del reglamento, con independencia de que se hubiera causado o no indefensión al recurrente, «Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia no extrae todas las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias en caso de vicio de forma, ya que, durante la vigencia de la LJCA de 27-12-56, el TS entendía que el recurso indirecto contra reglamentos solo era procedente en el caso de vicios de fondo, no de vicios de procedimiento. Y ello se ha corroborado por el artículo 27.1 de la Ley 29/98, que al regular la cuestión de ilegalidad alude únicamente al caso en que el reglamento adolezca de vicios en cuanto a su contenido».

⁷¹ Este precepto dispone «1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes. 2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general. 3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el TS anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma».

⁷² En *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, dentro de «Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», LEGUINA VILLA, Jesús, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (directores), Lex Nova, 1999, p. 170.

⁷³ BOQUERA OLIVER, José María (1999), *op. cit.*, p. 34.

⁷⁴ ALONSO MAS, María José (2002), *op. cit.*, p. 247.

Otros autores se han centrado en los artículos 123 y 125 de la LJCA⁷⁵, también relativos a la cuestión de ilegalidad, para sostener la tesis de que no cabe impugnar indirectamente un reglamento en base a vicios formales partiendo de una interpretación literal de la norma procesal. El artículo 123 de la LJCA restringe en su primer apartado el objeto de la cuestión de ilegalidad del proceso *a quo* a «*aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda*», de modo que, según la doctrina, el legislador parte con este precepto del presupuesto de que en ningún caso puede estimarse un recurso indirecto por vicios relativos al procedimiento de elaboración de la disposición general.

FERNÁNDEZ MONTALVO⁷⁶ se plantea «si después del establecimiento de la cuestión de ilegalidad es posible seguir manteniendo la jurisprudencia constante y uniforme que declaraba la improcedencia de enjuiciar en el recurso indirecto los defectos formales en el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias (por todas, STS de 16 de junio de 1997, y ATS de 15 de junio de 1988)». Pues bien, teniendo en cuenta el apartado primero del mencionado artículo 123 de la LJCA expone que «parece que la misma solución puede seguir manteniéndose tras la nueva de la LJCA pues, aunque la tesis contraria parecería a simple vista la adecuada al examinarse en la cuestión de ilegalidad el reglamento mismo (igual que en el recurso directo), no podemos olvidar que tal cuestión “habrá de ceñirse exclusivamente a aquél o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda” (artículo 123.1 de la LJCA) de lo que se puede concluir que los vicios que afectan a la totalidad de la norma, como sucede con los producidos en el procedimiento de su elaboración, no serán fiscalizables en este caso».

Junto con lo establecido en el mencionado artículo 123 de la LJCA, el autor apoya su criterio en el apartado tercero del artículo 125 de la LJCA respecto de la posibilidad, «para mejor proveer» –esto es, para poder resolver mejor el asunto–, de que el tribunal competente para conocer de la cuestión de ilegalidad reclame el expediente de

⁷⁵ Estos preceptos tienen, en cuanto aquí interesa, el siguiente tenor literal «*Artículo 123. 1. El Juez o Tribunal planteará, mediante auto, la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27.1 dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia. La cuestión habrá de ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda. Contra el auto de planteamiento no se dará recurso alguno. [...]*», y «*Artículo 125. [...] 3. El plazo para dictar sentencia quedará interrumpido si, para mejor proveer, el Tribunal acordara reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada o practicar alguna prueba de oficio. En estos casos el Secretario judicial acordará oír a las partes por plazo común de cinco días sobre el expediente o el resultado de la prueba*».

⁷⁶ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2006), *op. cit.*, p. 268.

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

3.2. POSICIÓN DOCTRINAL FAVORABLE A LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE REGLAMENTOS POR VICIOS FORMALES

En contraposición con los mencionados autores, existe otra línea doctrinal, que podría considerarse mayoritaria, que critica la posición intransigente del TS consistente en inadmitir que los vicios procedimentales puedan tener alguna relevancia en relación con la validez de un reglamento. Esta doctrina se basa en una pluralidad de argumentos que tienen, no obstante, como fondo común la idea de que la mencionada construcción jurisprudencial es incorrecta y ficticia, dado que no solo no tiene un engarce directo en la literalidad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que una interpretación más pormenorizada de la misma, así como de su estructura y de sus antecedentes parlamentarios, conducen a admitir la virtualidad anulatoria de tales vicios procedimentales.

a. La interpretación literal de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Los autores partidarios de la virtualidad invalidante de los vicios procedimentales han partido, también, de una interpretación literal de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En particular, algunos autores han tenido en cuenta su artículo 26, en cuyo apartado primero se menciona la propia posibilidad de la existencia del recurso indirecto, exponiendo que *«Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho»*.

En este sentido, ARNALDO ALCUBILLA⁷⁷ entiende que la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ha supuesto la derogación de la jurisprudencia del TS vigente con la anterior norma procesal. Esto lo justifica, en primer lugar, en que «[...] el artículo 26.1 no restringe en modo alguno los motivos susceptibles de ser invocados como fundamento de la pretendida invalidez de la disposición reglamentaria indirectamente impugnada. Por el contrario, en los más amplios términos posibles, permite la fundamentación del recurso indirecto en que la disposición objeto del mismo no es conforme a Derecho, disconformidad ésta que, obviamente, puede tener su origen tanto en razones de índole sustantiva como en motivos de carácter procedimental».

Junto con el tenor del mencionado artículo 26, dicho autor también tiene en cuenta el del artículo 70 de la norma procesal⁷⁸, cuyo segundo apartado, en su párrafo primero, expone que «*La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*». El citado autor expone, en este sentido que «[...] el artículo 70.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción dispone que la sentencia habrá de estimar el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición recurrida incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Esta previsión es de aplicación a cualquier recurso, comprendido el indirecto que aquí se considera pues nada se dispone expresamente en contrario, constatación de la que resulta la procedencia de estimación de los recursos indirectos contra disposiciones reglamentarias incursas en vicios procedimentales determinantes de su invalidez».

Otros autores han criticado la interpretación literal realizada por los autores contrarios a la virtualidad anulatoria de los vicios procedimentales en el recurso indirecto con fundamento en la independencia del recurso directo y del recurso indirecto, que se desprende del apartado segundo del artículo 26 de la LJCA. AGOÚES

⁷⁷ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (2007), *Artículo 26*, dentro de «Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», El Consultor de los Ayuntamientos, p. 2.

⁷⁸ De conformidad con este precepto «1. *La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a Derecho la disposición, acto o actuación impugnados. 2. La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*».

MENDIZABAL⁷⁹ expone en esta línea que «Las limitaciones impuestas por nuestra jurisprudencia al parámetro de validez de las normas reglamentarias cuando éstas son indirectamente impugnadas se amparan, fundamentalmente, en el tenor literal del artículo 27.1 de la LJCA, de acuerdo con el cual procede el planteamiento de la cuestión de ilegalidad una vez que haya sido estimado por sentencia judicial firme el recurso frente a un acto administrativo basado en la ilegalidad del contenido del reglamento aplicado en su dictado. Sin embargo, entendemos que esta interpretación resulta contraria a lo establecido en el artículo 26.2 de la LJCA, que consagra el principio de independencia entre ambos recursos. El fundamento de la cuestión de ilegalidad reside en la pretensión de evitar la pervivencia de normas reglamentarias contrarias al ordenamiento jurídico en los casos de falta de impugnación directa y, en consecuencia, entendemos que en los recursos indirectos contra reglamentos debería admitirse atacar los vicios de forma».

En la misma línea, BASSOLS COMA⁸⁰, critica la doctrina que niega, en base a un criterio literal, la posibilidad de fundamentar un recurso indirecto en base a vicios procedimentales a la luz de que el artículo 27 de la norma procesal se refiera, en su apartado primero, al «contenido» del reglamento. Dicho autor sostiene la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento por vicios procedimentales en base a la siguientes razones «Solo, por lo tanto, subsiste la referencia al término «contenido» en el artículo 27.1 (sin referencia, además, al complemento normativo), por lo que dada la conexión sistemática entre este último precepto y el artículo 26.1 que constituye su presupuesto determinante, debe concluirse, utilizando los distintos criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, que la apreciación de los vicios del procedimiento no está excluida de su estimación incluso en los recursos indirectos contra los Reglamentos y su consideración en la sentencia estimatoria puede ser objeto para fundamentar una cuestión de ilegalidad en las mismas condiciones que una infracción que afecta al contenido normativo de un Reglamento. El tenor del artículo 106.1 de la Constitución y los términos en que están descritos los límites de la potestad reglamentaria que producen nulidad de pleno Derecho (art. 62.2) no parecen admitir dudas al respecto».

⁷⁹ AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen (2017), *op. cit.*, p. 39.

⁸⁰ BASSOLS COMA, Martín (1999), *La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales*, dentro de «Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Tribium 1999, p. 791.

b. El criterio de interpretación de los antecedentes y de los trabajos parlamentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

En la misma obra, ARNALDO ALCUBILLA se refiere a los antecedentes parlamentarios de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa como un argumento a favor de la admisión de los defectos procedimentales para fundamentar un recurso indirecto contra un reglamento. Dicho autor expone que la voluntad de reducir al vicio de falta de publicación la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento por vicios formales fue desechada con el rechazo de la enmienda que, en tal sentido, hicieron ciertos grupos parlamentarios. El autor expone que «[...] a los elementos literal y sistemático de la hermenéutica jurídica se une en el presente caso el resultante de la consideración de los antecedentes parlamentarios. En efecto, los Grupos Parlamentarios Socialistas trataron en ambas Cámaras de restringir el posible fundamento de la impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias a la ilegalidad referida a su contenido normativo o a la falta de publicación de aquéllas⁸¹. Las correspondientes enmiendas fueron, sin embargo, rechazadas, rechazo del que resulta la inequívoca voluntad del legislador de poner fin a una línea jurisprudencial que tiene como efecto la perpetuación en el mundo jurídico de disposiciones inválidas y que, en consecuencia, son teóricamente insusceptibles de producir efecto jurídico alguno».

En el mismo sentido, DOMINGO ZABALLOS⁸² se apoya en los antecedentes de la vigente norma procesal, diciendo, en relación a la posición jurisprudencia del TS contraria a la admisibilidad de los vicios procedimentales, «esta posición, criticada por un importante sector de la doctrina, por todos y tempranamente GONZÁLEZ PÉREZ, en la actualidad ha podido quedar ciertamente superada, ante la inequívoca voluntad del legislador. En efecto, el Proyecto de Ley de la Jurisdicción de 1995 (redacción salida de la Ponencia del Congreso), solamente contemplaba la impugnación indirecta de las disposiciones generales "por razón de su contenido normativo o por falta de la preceptiva publicación, no son conformes a Derecho", posición que se vio nuevamente defendida en la tramitación del texto legal vigente, presentándose sendas enmiendas (de los grupos socialistas en el Congreso y en el Senado) postulando limitación en el mismo sentido. Pues bien, es lo cierto que ni el artículo 26.1 ni el 70.2 prevén que la disconformidad a Derecho fundamento de la impugnación indirecta hubiera de ser solo

⁸¹ Enmiendas números 284 del Congreso de los Diputados y 26 del Senado.

⁸² DOMINGO ZABALLOS, Manuel J. (2009), *La impugnación de las Ordenanzas fiscales. En especial el llamado recurso indirecto y la cuestión de ilegalidad*, Tribuna Fiscal Nº 226-227, pp. 10 y 11.

por el contenido de la norma aplicada excluyendo los vicios procedimentales en que hubiera incurrido la Administración autora del Reglamento».

c. El carácter de orden público de los vicios procedimentales

Otros autores han argüido a favor de la posibilidad de impugnar un reglamento por vicios formales teniendo en cuenta el carácter de orden público de las cuestiones procedimentales. Así, GONZÁLEZ PÉREZ⁸³ ha criticado la jurisprudencia contraria a la admisión de vicios procedimentales como fundamento del recurso indirecto por entender que «el hecho de que el recurso indirecto se dirija contra el acto de aplicación de la disposición general no debe ser obstáculo a que, entre los motivos que se invoquen para demostrar que ésta no es conforme a Derecho [...] figuren los vicios de procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta el carácter preferente que tienen, por ser de orden público, las cuestiones procedimentales».

d. La función depuradora del ordenamiento jurídico del recuso indirecto

Finalmente, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de estimular y no limitar las posibilidades de eliminar un reglamento ilegal con ocasión de un recurso indirecto interpuesto contra un acto concreto en aplicación del mismo. En la citada obra, ARNALDO ALCUBILLA expone en este sentido que «como sostenían con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la eliminación general de un reglamento ilegal con ocasión de un recurso indirecto interpuesto contra un acto concreto de aplicación del mismo «es una posibilidad que hay que estimular y no limitar», pues dicha eliminación constituye «una operación de salubridad pública, una depuración del ordenamiento en el sentido exacto de la Constitución».

3.3. POSICIÓN DOCTRINAL INTERMEDIA

Junto con las posiciones doctrinales enfrentadas que se han expuesto, hay una posición que podría calificarse de «intermedia» según la que la posibilidad de impugnar un reglamento por vicio formales debe admitirse, pero solo por defectos que tengan la

⁸³ En «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios del procedimiento en la elaboración de disposiciones generales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 9, p. 345 y siguientes, y en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, p. 554 y siguientes.

suficiente entidad como para justificar la afectación de otros bienes jurídicos concurrentes, como la equidad⁸⁴ o la seguridad jurídica.

LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN⁸⁵ exponen que «parece necesario determinar qué vicios de forma de conllevan la nulidad del reglamento solicitada a través de un recurso contra un acto de aplicación. La respuesta no puede consistir en afirmar, simplistamente, que cualquiera, ya que no parece justo y equitativo que, tras muchos años de aplicación, un reglamento sea declarado nulo por un defecto de pequeña entidad cometido en el procedimiento de elaboración. Este resultado, contrario a la seguridad jurídica y en muchos casos a la equidad, es el que pretendía evitar la línea jurisprudencial antes mencionada, si bien esa solución no carecía a su vez de cierto automatismo. Ahora puede entenderse que no solo el recurso directo sino también el indirecto pueden fundarse en vicios de forma. Pero no cualesquiera vicios de forma tiene virtualidad invalidante de una disposición general».

Por lo tanto, estos autores establecen como criterio determinante, junto con la propia entidad del vicio procedimental, el del tiempo que haya pasado tras la aprobación del reglamento. Evidentemente, el número de años transcurrido es uno de los mejores indicadores del impacto que la anulación de un reglamento puede tener en el quebranto de la seguridad jurídica, porque cuanto más antiguo sea más relaciones jurídicas pueden haber nacido en su aplicación, las cuales se verán afectadas en mayor o menor medida, en función de su grado de consolidación⁸⁶.

El autor continúa en el sentido de que «En relación con esta cuestión seguimos siendo rehenes de aquella posición dogmática que considera que cualquier ilegalidad en la que incurra el reglamento supone su nulidad de pleno derecho. Con ello se excluye “a priori” que existan vicios de forma determinantes de la mera anulabilidad del reglamento y, por tanto, convalidarles o subsanables por el paso del tiempo. Tales vicios

⁸⁴ Debe recordarse que, en materia de aplicación de las normas jurídicas, el Código Civil establece, en el apartado segundo de su artículo 3 «*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*».

⁸⁵ En *op. cit.*, dentro de LEGUINA VILLA, Jesús, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (directores) (1999), «Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», Lex Nova, pp. 170 y 171.

⁸⁶ Debe recordarse que el artículo 73 de la LJCA limita los efectos del pronunciamiento anulatorio de la sentencia dictada respecto de una disposición, en el sentido de que «*Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente*».

de forma o conllevan la nulidad de pleno derecho o han de ser calificados como irregularidades no invalidantes. Pero hay caso en que ninguna de estas dos soluciones extremas parece razonable. Sobre todo cuando el vicio es inequívoco y no baladí, pero la anulación del reglamento basada únicamente en él y al cabo de muchos años resulta rigurosa y contraria a la equidad».

AGOUÉS MENDIZABAL⁸⁷ expone, al hilo de la jurisprudencia que exige que el vicio procedimental pueda tener efectos en el acto administrativo recurrido, que esta posición «resulta proporcionada porque no parece admisible ampararse en un recurso contra un acto administrativo para atacar un vicio formal que no tiene ninguna incidencia en dicho acto y que se mantendría con el mismo contenido si no existiera tal vicio. Una solución diferente debería exigirse cuando el vicio del reglamento tuviera o pudiera tener una incidencia en el acto de aplicación. Hemos de partir de que no todo vicio procedimental tiene la misma relevancia». La citada autora justifica esta posición intermedia en que «Una postura excesivamente rigurosa y desproporcionada con los vicios formales puede conducir a situaciones de injusticia material y distorsionar la continuidad en la prestación de servicios públicos».

Por su parte, ARNALDO ALCUBILLA⁸⁸ expone que la admisión de la posibilidad de impugnar indirectamente reglamentos por vicios procedimentales «no obsta a la necesaria prudencia con la que deben obrar los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando consideraciones de índole temporal o de equidad puedan acaso hacer dudar de la procedencia de inaplicar en un caso concreto por razones de índole estrictamente formal un reglamento largo tiempo en vigor y profundamente arraigado en la realidad social».

3.4. CONCLUSIÓN: LA POSICIÓN DOCTRINAL DOMINANTE

Como se ha podido ver, la interpretación literal de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no es un criterio que pueda servir, desde un punto de vista doctrinal, para dirimir la cuestión de los vicios procedimentales en el recurso indirecto, dado que mientras que la lectura de algunos preceptos puede llevarnos a concluir que tales vicios no son admisibles, la de otros puede dar lugar a la conclusión contraria.

⁸⁷ AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen (2017), *op. cit.*, p. 39.

⁸⁸ ARNALDO ALCUBILLA, Enrique (2007), *op. cit.*, p. 2.

Sin embargo, a mi juicio la doctrina es mayoritariamente contraria a la jurisprudencia histórica del TS de negar que se pueda declarar un reglamento por vicios procedimentales. Los autores contrarios a esta jurisprudencia se basan en una multiplicidad de argumentos, como los antecedentes parlamentarios de la actual norma procesal, el carácter de vicios de orden público de los defectos de procedimiento o los beneficios de la depuración del ordenamiento jurídico derivados de un mayor ámbito de aplicación del recurso indirecto.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta el criterio de los autores que, si bien admiten la posibilidad de alegar vicios procedimentales, son sensibles a la existencia de bienes jurídicos que podrían verse afectados por la posibilidad de fundamentar una sentencia anulatoria en estos vicios sin ninguna restricción. Para estos autores, la admisibilidad de los vicios procedimentales como causa de nulidad de un reglamento debe hacerse caso por caso, teniendo en cuenta la entidad del vicio o el tiempo más o menos largo que lleva vigente el reglamento, en aras de respetar el principio de seguridad jurídica que garantiza la Constitución. Solo en estos casos estaría justificada una sentencia anulatoria de un reglamento.

IV. CONCLUSIONES

1. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, la Sala tercera del TS había consolidado la doctrina jurisprudencial conforme a la que, como regla de principio, con ocasión de la impugnación indirecta no podían tenerse en cuenta los defectos de tipo formal de que pudiera adolecer el reglamento que se hubieran podido cometer en el procedimiento de elaboración. De conformidad con esta doctrina, el cauce exclusivo de alegación de este tipo de procedimientos es la interposición de recurso directo contra el reglamento en el plazo de dos meses tras su publicación.

Este dogma jurisprudencial de la falta de virtualidad anulatoria de los vicios procedimentales respecto de los reglamentos se fundamentó originariamente en una interpretación cuestionable de los tipos de vicios de que podía adolecer un reglamento. De conformidad con esta interpretación, solo las infracciones encuadrables en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos podían determinar la nulidad del reglamento con ocasión del recurso indirecto. Por el contrario, las infracciones de tipo meramente formal no podían dar lugar a la nulidad del reglamento, al tratarse de vicios determinantes de la mera anulabilidad.

Ulteriormente, la Sala tercera del TS ha sostenido que la necesaria exclusión de los vicios formales respecto del recurso indirecto tiene su razón de ser en que, si no fuera así, carecería de lógica la distinción entre el recurso directo y el indirecto, teniendo en cuenta el plazo perentorio de interposición del primero.

Sin embargo, el fundamento de derecho que más ha alegado el TS para sostener esta interpretación restrictiva de la norma procesal ha sido el de la necesidad de que el vicio del reglamento se materialice en el acto impugnado mediante el recurso indirecto, de modo que haya causado algún perjuicio o indefensión al recurrente.

Pese a la intensa crítica de la mayoría de la doctrina científica, esta antigua doctrina jurisprudencial no puede considerarse, en absoluto, derogada. Por el contrario, en el año 2017 el TS ha dictado sentencias en las que ha confirmado sentencias desestimatorias de recursos indirectos, simple y llanamente, porque tenían como fundamento la infracción de requisitos procedimentales del reglamento.

Sin embargo, lo cierto es que, tras la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el TS ha concedido virtualidad anulatoria a los vicios formales en los casos en los que, teniendo en cuenta su especial intensidad, la infracción procedimental podía calificarse de clamorosa o grosera, especialmente en lo relativo a la falta de competencia del órgano que aprobó el reglamento o la omisión generalizada de los trámites integrantes del procedimiento de elaboración.

Esta posición parece haber reconsiderado la importancia que las normas procedimentales de elaboración de los reglamentos ostentan *per se*, esto es, con independencia de que hayan causado indefensión al ciudadano, teniendo en cuenta que se trata su naturaleza de cuestión de orden público.

En consecuencia, puede afirmarse que el estado de la cuestión de la alegación de los vicios procedimentales con ocasión de la impugnación indirecta de los reglamentos es sustancialmente diferente en la actualidad que con anterioridad a la actual norma procesal. Así como con anterioridad el TS negaba categóricamente la posibilidad de declarar nulo un reglamento por este tipo de vicios en el recurso indirecto, actualmente el tribunal entra a valorar la cuestión desde otro punto de vista apriorístico.

La doctrina actual puede resumirse en que, si el vicio formal ostenta la suficiente entidad, a la luz de los concretos efectos que resultarían de la nulidad del reglamento en particular, cabe una sentencia anulatoria de la disposición administrativa.

2. VALORACIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El plazo perentorio de dos meses del recurso directo contra reglamentos junto con la inexistencia de acción de nulidad respecto de esta actuación administrativa en que consiste la aprobación de disposiciones administrativas hacen necesario, a mi juicio, una interpretación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuanto menos, en sus términos literales, esto es, a favor de que el reglamento indirecto pueda fundamentarse, también, en defectos formales.

Sin embargo, la valoración de esta cuestión no puede hacerse en términos de blanco y negro. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, en sede parlamentaria, el legislador de 1998 pretendió restringir la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento por vicios procedimentales a la falta de publicación. La Constitución garantiza en su artículo 9 el principio de seguridad jurídica, de modo que tampoco es de recibo pretender que cualquier omisión formal pueda conducir a la anulación de un

reglamento. Debe tenerse en cuenta que la sentencia firme declarativa de la nulidad de un reglamento produce efectos *ex tunc* –si bien solo respecto de los actos no firmes y las sanciones no ejecutadas totalmente–, dando lugar a la distorsión de las relaciones jurídicas que hubieran nacido de él y, con ello, del ordenamiento jurídico.

Con todo, la solución pasa por hacer una ponderación de los bienes jurídicos en juego. Así como los vicios procedimentales son una cuestión de orden público, también lo es el mantenimiento de la seguridad jurídica. Por lo tanto, el quebranto de la previsibilidad del ordenamiento jurídico que se produce con la declaración de nulidad de una disposición administrativa solo puede estar amparado en la comisión de infracciones graves y clamorosas.

Lo que debe entenderse por infracción clamorosa es una cuestión respecto de la que el TS ha tenido ya ocasión de pronunciarse en algunos casos, como el de la manifiesta falta de competencia del órgano autor del reglamento o la total omisión del procedimiento. Sin embargo, la concreta extensión de este concepto es una cuestión que aún está por definir de forma suficientemente sólida por parte de los tribunales.

3. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Las conclusiones obtenidas con el presente trabajo permiten formular las siguientes dos propuestas de *lege ferenda*. Estas propuestas, en mi opinión, pueden contribuir a poner fin a una controversia sobre una materia tan relevante como son los motivos de impugnación de las disposiciones administrativas y a ampliar los supuestos en que es posible la revisión de la adecuación a derecho de este tipo de normas.

3.1. LA POSITIVIZACIÓN DE LA POSICIÓN INTERMEDIA EN LA NORMA PROCESAL

La cuestión sobre los motivos alegables en la impugnación indirecta de los reglamentos ha estado caracterizada por la inseguridad jurídica. Como se ha concluido, no existe actualmente una línea jurisprudencial clara y unívoca. Por esta razón, esta materia exige un claro pronunciamiento del legislador a modo de modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que determine, sin que quepa ya lugar a dudas, si es posible fundamentar una sentencia anulatoria de un reglamento en vicios de tipo procedimental.

En particular, creo que el legislador debería aprovechar esta oportunidad para decantarse de forma clara en favor de la admisión de aquellos vicios procedimentales

que hayan ocasionado indefensión del particular. De esta forma, se positivizaría la posición doctrinal denominada intermedia. Como se ha expuesto con anterioridad, este es, a mi juicio, el criterio adecuado en la materia, porque da lugar a un equilibrio entre la seguridad jurídica, por una parte, y la tutela judicial efectiva y la depuración del ordenamiento de normas nulas de pleno derecho, por otra.

El precepto fundamental en materia de impugnación indirecta es el artículo 26 de la LJCA. Por esta razón, sería suficiente con incluir un segundo párrafo independiente en el apartado primero de este precepto para positivizar el criterio de la posición intermedia.

A mi juicio, debería modificarse la redacción del artículo 26 de la LJCA en los siguientes términos:

Redacción actual del artículo 26

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Redacción propuesta del artículo 26

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

En particular, la impugnación indirecta podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad de pleno Derecho de las disposiciones administrativas previstos en el artículo 47.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No obstante, solo podrán alegarse los siguientes defectos procedimentales:

- a) Falta de publicación de la disposición.***
- b) Incompetencia del órgano que aprobó la disposición.***
- c) Omisión de informe preceptivo en el procedimiento de elaboración de la disposición.***
- d) Cualesquiera otros defectos procedimentales que hayan causado indefensión al interesado.***

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del

recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

La posición intermedia quedaría así incorporada en el texto del artículo 26 de la LJCA mediante la referencia, por una parte, a los tres defectos procedimentales más graves o groseros y, por otra, a la causación de indefensión al interesado.

La falta de publicación, la incompetencia del órgano aprobatorio del reglamento y la omisión de los informes preceptivos son, a mi juicio, los defectos procedimentales que la doctrina científica y la jurisprudencia ha considerado más graves. Por esta razón, se trata de defectos de tipo procedimental que deberían dar lugar, en todo caso, a la estimación del recurso indirecto.

Por su parte, la causación de indefensión es un criterio que encauza la exigencia jurisprudencial de que el defecto formal tenga una afectación directa para el interesado. Se trataría de un criterio abstracto que permitiría al órgano judicial tener en cuenta las concretas circunstancias del caso para ponderar en qué medida la afectación del principio de seguridad jurídica estaría justificada en casos en los que el defecto formal no fuera ninguno de los expresamente mencionados, pero el interesado fuera igualmente merecedor de un pronunciamiento favorable por razones de justicia material.

3.2. LA ADMISIÓN EXPRESA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A REGLAMENTOS

La Ley 4/1999, que introdujo la revisión de oficio de las disposiciones administrativas nulas, declaró en su exposición de motivos que no operaba, en ningún caso, como acción de nulidad. Por lo tanto –y así lo entiende la jurisprudencia –, en nuestro ordenamiento solo es posible recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones desestimatorias de la solicitud de revisión de actos administrativos nulos, pero no de reglamentos.

A mi juicio, la inexistencia de acción de nulidad respecto de la revisión de reglamentos carece de sentido, especialmente si tenemos en cuenta que la regla general es que no es posible recurrir un reglamento en vía administrativa, conforme al apartado tercero del artículo 112 de la LPACAP. Si pese a lo dispuesto en este precepto se admite el cuestionamiento de la legalidad de un reglamento a través de la solicitud de revisión, no se entiende por qué no es posible recurrir la decisión administrativa que niega la

nulidad del reglamento, que es lo mismo que interponer un recurso directo contra la disposición.

La admisión de la acción de nulidad respecto de la revisión de reglamentos permitiría ampliar los medios para declarar la nulidad de un reglamento ilegal en aquellos casos en los que hubiera transcurrido el plazo de interposición del recurso directo y, además, el particular hubiera obtenido un pronunciamiento estimatorio en vía administrativa del acto que se recurrió indirectamente.

En el supuesto en el que se haya obtenido un pronunciamiento favorable en la vía administrativa, no sería posible interponer un recurso contencioso-administrativo indirecto, dado que este recurso tiene propiamente por objeto un acto administrativo, que naturalmente deber ser desfavorable al interesado.

Por esta razón, el único otro medio para instar la revisión jurisdiccional del reglamento sería mediante la introducción de la acción de nulidad para la revisión de oficio de disposiciones administrativas. Con ello se ampliarían los medios a disposición de los particulares para expulsar del ordenamiento un reglamento nulo.

En segundo lugar, se ha expuesto con anterioridad que la principal diferencia entre el recurso contencioso-administrativo indirecto y el recurso de alzada *per saltum* junto con la solicitud subsiguiente de revisión del reglamento es que, así como contra la sentencia desestimatoria de la cuestión de ilegalidad cabe, en principio, recurso de casación, no es posible obtener un segundo pronunciamiento en el caso del acto administrativo desestimatorio de la solicitud de revisión. Pues bien, mediante la introducción de la acción de nulidad se permitiría obtener un segundo pronunciamiento sobre la nulidad del reglamento en vía jurisdiccional.

TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
5.4.1974		
17.3.1987	RJ 1987\3774	José María Reyes Monterreal
29.10.1987	RJ 1987\7438	Paulino Martín Martín
23.5.1988	RJ 1988\3918	Julián García Estartús
17.6.2003	RJ 2003\4573	Juan Manuel Sanz Bayón
1.7.2003	RJ 2003\5801	Jaime Rouanet Moscardó
11.10.2005	RJ 2005\8588	Eduardo Espín Templado
26.12.2007	RJ 2008\673	Rafael Fernández Valverde
18.5.2009	RJ 2009\4373	Pedro José Yagüe Gil
6.7.2010	RJ 2010\6068	Jesús Ernesto Peces Morate
9.10.2011	RJ 2012\1290	Rafael Fernández Valverde
30.11.2012	RJ 2012\559	Isabel Perelló Domenech
20.7.2016	RJ 4404\2012	Rafael Fernández Valverde
16.2.2017	RJ 2017\802	Rafael Fernández Montalvo
7.6.2017	RJ 2017\2819	Rafael Fernández Valverde

Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
Murcia 17.6.2003	RJ 2003\4573	Juan Manuel Sanz Bayón
Castilla y León 10.2.2012	JUR 2012\83797	Francisco Javier Pardo Muñoz
Madrid 26.6.2017	JUR 2017\207427	José María Segura Grau

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
23.5.2005	RTC 2005\133	Roberto García-Calvo y Montiel

BIBLIOGRAFÍA

Carmen AGOUÉS MENDIZÁBAL (2017), *La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, <http://www.aepda.es/AEPDAAdjunto-1821-Ponencia-Tercera-Sesion-Efectos-de-la-Invalidez-de-Reglamentos-y-Planes-Prof-Carmen-Agoues.aspx>.

— (2013) *Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamento en relación con los planes urbanísticos*, Revista de Administración Pública Número 190.

María José ALONSO MAS (2002), *La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*, Revista de Administración Pública Número 157.

Enrique ARNALDO ALCUBILLA (2007), *Artículo 26*, dentro de «Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentarios a la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», El Consultor de los Ayuntamientos.

José María AYALA MUÑOZ, *et alt.* (2001), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi.

Martín BASSOLS COMA (1999), *La cuestión de ilegalidad de las disposiciones generales*, dentro de «Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Tribium.

José María BOQUERA OLIVER (1999), *La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos*, Revista de Administración Pública Número 149.

Matilde CARLÓN RUIZ (2008), *La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales*, Justicia Administrativa, Lex Nova.

CONSEJO DE ESTADO (2002), *Memoria del año 2002 que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril*, Madrid.

Francisco DE COMINGES CÁCERES (2011), *La invocabilidad de vicios formales en la impugnación indirecta de disposiciones generales. Especial referencia a los planes urbanísticos*, Wolters Kluwer.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch.

Manuel J. DOMINGO ZABALLOS (2009), *La impugnación de las Ordenanzas fiscales. En especial el llamado recurso indirecto y la cuestión de ilegalidad*, Tribuna Fiscal Número 226-227.

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO (2006), *Impugnación de ordenanzas y reglamentos municipales en la jurisprudencia de 2006*, Anuario del Gobierno Local 2006.

Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1969), *Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho administrativo*, Revista de Administración Pública Número 58.

— (1959), *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, Revista de Administración Pública Número 29.

Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002), *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria (Prólogo de Luciano Vandelli)*, Atelier.

Eduardo GAMERO CASADO, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2016), *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos.

Eduardo GAMERO CASADO, Julián VALERO TORRIJOS, Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (2017), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1997), *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.

— (1958), *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, Revista de Administración Pública Número 27.

Javier GARCÍA LUENGO (2001), *La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)*, Revista de Administración Pública Número 154.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2016), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas.

— (1999) *Evolución de la legislación contencioso-administrativa*, Revista de Administración Pública Número 150.

Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ (2017), *Sobre el recurso indirecto contra reglamentos (A propósito de la STS de 1 de junio de 2016)*, Diario La Ley Número 8955.

María Isabel JIMÉNEZ PLAZA (2001), *Las consecuencias de la extemporaneidad del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos reglamentarios: ¿una nueva irregularidad no invalidante? (Comentario a la Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1999. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí)*, Revista de Administración Pública Número 154.

Rosario LAZA Y LAZA (1996), *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa: un problema pendiente*, Revista de Administración Pública Número 141.

Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA (2005), *El recurso de anulación, la cuestión prejudicial de validez y la excepción de ilegalidad: ¿vías complementarias o alternativas?*, Revista de Derecho Comunitario Europeo.

Juan PEMÁN GAVÍN (1984), *Algunas manifestaciones del principio «pro actione» en la reciente jurisprudencia del TS*, Revista de Administración Pública Número 104.

Fernando SAINZ MORENO (1980), *El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los decretos legislativos*, Revista de Administración Pública Número 93.

Pascual SALA ATIENZA (2008), *El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del TS*, Revista de Administración Pública Número 177.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN (2016), *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos.

— (1999), *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, dentro de «Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», Jesús LEGUINA VILLA, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (directores), Lex Nova.

José Eugenio SORIANO GARCÍA (1979), *Evolución del concepto de «relación jurídica» en su aplicación al Derecho Público*, Revista de Administración Pública Número 90.

Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (1997), *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas.