

A impugnación indirecta dos instrumentos de planeamento urbanístico: a eliminación do dereito ao recurso

44 Regap

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

Letrado da Xunta de Galicia
Director da Área de Urbanismo e Infraestruturas
do concello de Santiago de Compostela

Regap

MONOGRÁFICO
Ordenación do territorio e urbanismo

Resumo: *No presente artigo pretendemos analizar como as vicisitudes procesuais dun determinado asunto poden dar lugar á desaparición da segunda instancia procesual fronte a disposicións de carácter xeral, en función da vía que se utilice para a súa impugnación.*

Esta situación determina que un Plan Xeral poida chegar ou non a ser analizado nunha segunda instancia casacional, en función de si foi impugnado por vía directa ou indirecta.

O presente artigo non se limita a analizar os sucesivos pronunciamentos xurisdicionais que dan lugar á conclusión final do Tribunal Supremo, senón que valora negativamente esta conclusión considerándoa inexplicable desde a perspectiva do dereito a tutela xudicial efectiva (art. 24 da CE) na súa vertente do dereito de acceso aos recursos legalmente previstos.

Abstract: *In this Oarticle, we attempt to analyze how the procedural events of a particular case may lead to the disappearance of the second instance proceedings in the appeal against general prescriptions, depending on the route used for impeachment.*

This situation determines that a General Plan can or cannot be analyzed in a second appellate review, depending on whether it has been challenged by direct or indirect way.

This article is not just limited to analyze the successive judicial pronouncements which lead to the final conclusion of the Supreme Court, but it also exposes a negative opinion of this conclusion, very difficult to explain from the perspective of the right to an effective defense (Article 24 EC) in the slope of the right of access to resources provided by law.

Introdución

No presente artigo pretendemos analizar como as vicisitudes procesais dun determinado asunto poden dar lugar á desaparición da segunda instancia procesal fronte a disposicións de carácter xeral, en función da vía que se empregue para a súa impugnación.

Esta situación, inexplicable desde a perspectiva do dereito á tutela xudicial efectiva do art. 24 da Constitución Española de 1978 na súa vertente do dereito de acceso aos recursos legalmente previstos, determina que un Plan Xeral só poida chegar a ser analizado nunha segunda instancia casacional en función de se se impugnou por vía directa ou indirecta, e con independencia dos vicios que concorran no mesmo.

Consideramos que a situación que procedemos a expoñer non ten paragón no noso ordenamento xurídico, é contraria á literalidade da lei e carece dunha fundamentación solvente e aceptable desde a perspectiva dunha correcta praxe procesal.

O noso ordenamento xurídico, para limitar o acceso aos recursos, é dicir, a unha segunda instancia, emprega, en función da orde xurisdiccional de que se trate, diferentes criterios: a contía (ex. art. 86.2(a) da Lei 29/1998, de 13 de xullo, da Xurisdición contencioso administrativa – 600.000 euros), a materia (art. 86.2(a) da Lei 29/1998, de 13 de xullo, da Xurisdición contencioso administrativa —as ditadas en materia electoral—), ou mesmo algún concepto xurídico indeterminado como o interese casacional (lei de Axuizamento Civil 1/2000, de 7 de xaneiro).

Pero non existe no noso ordenamento xurídico procesal norma algunha que supedite o recurso xurisdiccional ao simple e mero feito de que o tribunal que coñeceu do asunto en primeira instancia o fixo pola vía directa do recurso contencioso ordinario, ou pola vía indirecta da cuestión de ilegalidade.

Pola contra, e como seguidamente veremos, tal resultado, ao que chegou a xurisprudencia, parece radicalmente oposto á literalidade da lei.

En definitiva, e concretando, expoñeremos a contradición da nosa práctica procesal que pode producir e de feito produce situacións tan absurdas como a admisión dun recurso de casación fronte a un instrumento de planeamento urbanístico (por exemplo, un Plan Parcial), cando o mesmo é examinado por medio do recurso contencioso administrativo directo por un Tribunal Superior de Xustiza, e a inadmisión do mesmo recurso de casación contra o mesmo Plan Parcial cando este foi examinado en primeira instancia polo mesmo tribunal, pero vía recurso indirecto (cuestión de ilegalidade).

A primeira instancia: recurso directo ou indirecto

I Natureza xurídica dos instrumentos de planeamento:

En primeiro termo, é necesario partir da base de que un Plan Xeral de Ordenación Municipal, ao igual que o resto dos instrumentos de planeamento urbanístico (plans parciais, plans especiais, ou mesmo estudos de detalle), teñen legal e xurisprudencialmente recoñecida a súa natureza regulamentaria, é dicir, son disposicións de carácter xeral.



II Tipos de recursos

Para contextualizar o suposto analizado é necesario partir das dúas vías xa aludidas, que o noso sistema procesal ofrece para a impugnación en primeira instancia de actos e disposicións de carácter xeral.

Así, na Lei 29/1998, de 13 de xullo, da Xurisdición Contencioso Administrativa (LXCA), diferencia a vía directa e a indirecta:

Recurso directo: Artigo 25 da LXCA.

O recurso contencioso-administrativo é admisible en relación coas disposicións de carácter xeral (...)

Recurso indirecto - cuestión de ilegalidade: Artigo 26.

1. *Ademais da impugnación directa das disposicións de carácter xeral, tamén é admisible a dos actos que se produzan en aplicación das mesmas, fundada en que tales disposicións non son conformes ao Dereito.*

III Órgano xurisdiccional competente

A competencia en primeira instancia para o coñecemento dos recursos fronte a instrumentos de planeamento urbanístico vén atribuída ex lege aos Tribunais Superiores de Xustiza.

Así, a Lei da Xurisdición contencioso administrativa distingue:

Artigo 8.

1. *Os Xulgados do Contencioso-administrativo coñecerán, en única ou primeira instancia segundo o disposto nesta Lei, dous recursos que se deduzan fronte aos actos das entidades locais ... excluídas as impugnacións de calquera clase de instrumentos de planeamento urbanístico.*

Artigo 10.

1. *As Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza coñecerán en única instancia dos recursos que se deduzan en relación con:*

b) As disposicións xerais emanadas das Entidades locais.

Polo tanto, un PXOM pode ser impugnado por medio do correspondente recurso directo ante o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma, ou por vía indirecta, formulando unha cuestión de ilegalidade por medio dun recurso contra un acto aplicativo (ex. Proxecto de compensación, licenza, etc...) do PXOM.

No primeiro caso, o recurso interponse directamente contra o instrumento de planeamento, ante o Tribunal Superior de Xustiza, que é o competente para resolver.

No segundo, o recurso interponse contra o acto que aplica o instrumento de planeamento (ex. Licenza) ante un Xulgado do contencioso administrativo, que se estima unha posible ilegalidade no instrumento de planeamento que se está aplicando, poderá elevar a cuestión

de ilegalidade ante o órgano xurisdicional competente, é dicir, o Tribunal Superior de Xustiza, que novamente é o competente para resolver.

A segunda instancia: o recurso de casación

O Artigo 86 da LCXA 29/1998 establece:

1. *As sentenzas ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza serán susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo.*
2. **Caberá en todo caso** recurso de casación contra as sentenzas dos Tribunais Superiores de Xustiza que declaren nula ou conforme a Dereito unha disposición de carácter xeral (é dicir, un Plan xeral de Ordenación Municipal).

A expresión “en todo caso” non parece deixar lugar a dúbidas. Pero malia esta contundencia e claridade, a xurisprudencia nega o acceso ao recurso de casación no suposto antes citado, en oposición á literalidade da lei.

O suposto de autos: o plan parcial do sector 7” higueras” do plan xeral de ordenación urbana de zamora

1.- A sentenza do Xulgado do Contencioso Administrativo nº1 de Zamora 7/2009, de 27-1-2010, procedemento ordinario 285/06, 292/06 e 89/07 (acumulados), anulou por vía de recurso directo un acto administrativo, en concreto un Proxecto de Compensación (tamén chamado na lexislación autonómica de Castela e León, Proxecto de Actuación) sobre a base dunha suposta contradición coa disposición xeral que o devandito proxecto de compensación desenvolvía e aplicaba, isto é o Plan Parcial (*Plan Parcial Sector 7 “Higueras”*).

Polo Xulgado do Contencioso-Administrativo nº 1 de Zamora ditouse sentenza no P.O. antes indicado, cuxa parte dispositiva di:

*“Que estimando o recurso contencioso-administrativo interposto por D. Higinio fronte ao acordo da Xunta de Goberno Local do Concello de Zamora de data 7 de agosto de 2006, debo declarar e **declaro nulo o mesmo ao entender que o Plan que executa se atopa viciado de nulidade.***

Firme a presente resolución procédase a formular cuestión de ilegalidade do Plan Parcial Sector 7 “Higueras” á Sala do Contencioso- administrativo do TSX de Castela e León, sede en Valladolid.”

Polo tanto, esta sentenza elevaba ao órgano xurisdicional competente (Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, en adiante TSX de Cel) a cuestión de ilegalidade sobre *Plan Parcial Sector 7 “Higueras”*.

2.- A sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León: O recurso indirecto (cuestión de ilegalidade) e consecuente anulación do Plan Parcial.



A sentenza do Xulgado é recorrida en apelación pola administración actuante, o Excmo. Concello de Zamora, por medio do Recurso de Apelación 366/2009, que deu lugar á sentenza do TSX de CeL, de 27-1-2010.

A sentenza de apelación resolve a nulidade do Plan Parcial, en base á previa anulación do PXOU de Zamora polo mesmo tribunal (TSX de CeL) da seguinte maneira:

“Entrando no fondo do asunto, cómpre ter en conta o disposto nos arts. 72.2 e 73 da Lei Xurisdiccional. Di o art. 72.2 que “a anulación dunha disposición ou acto producirá efectos para todas as persoas afectadas. As sentenzas firmes que anulen unha disposición xeral terán efectos xerais desde o día en que sexa publicado a súa sentenza e preceptos anulados no mesmo xornal oficial en que o tivese sido a disposición anulada” e o art. 73 sinala “as sentenzas firmes que anulen un precepto dunha disposición xeral non afectarán por si mesmas á eficacia das sentenzas ou actos administrativos firmes que o aplicasen de que a anulación alcanzara efectos xerais, agás no caso de que a anulación do precepto supuxese a exclusión ou a redución das sancións aínda non executadas completamente”.

No presente caso o acto administrativo ao que se refire este litixio (Proxecto de Actuación do Plan Parcial do Sector nº 7 “Higueras”) impugnouse no seu día directamente en prazo e forma legal polo que non adquiriu firmeza e, en consecuencia, non lle alcanza a inmunidade regulada no citado art. 73.

Polo tanto, a (previa) anulación da Revisión do Plan Xeral de Ordenación Urbana de Zamora en virtude de sentenza firme, cuxo fallo foi publicado no Boletín Oficial de Castela e León de 13 de outubro de 2009, alcanza ao acto administrativo aquí impugnado, que non é firme, e determina a súa nulidade xa que se trata dun Proxecto de Actuación ditado en execución dun Plan Parcial, que desenvolve un Plan Xeral de Ordenación Urbana, que desapareceu da esfera xurídica.

En consecuencia, aínda que puidesen ter razón os apelantes cando din que non cabe, cando se impugna indirectamente unha disposición xeral, fundamentar a súa nulidade nos vicios procedementais producidos durante a tramitación da mesma senón só en motivos de fondo, a circunstancia sobrevida neste caso —firmeza da sentenza que declara a nulidade da Revisión do Plan—, da que se deu conta ás partes para que alegasen o que estimasen oportuno, determina, polo exposto, que deban desestimarse os recursos de apelación.

...

Polo tanto, é evidente que o TSX de Castela e León coñeceu en “primeira instancia” e a través dunha “cuestión de ilegalidade” da conformidade a dereito dunha disposición de carácter xeral, cal era o Plan Parcial Sector 7 “Higueras”.

E do mesmo modo é evidente que o devandito axuizamento nunca puido ser realizado pola Sentenza do Xulgado do contencioso de Zamora por ser manifestamente incompetente, como así apreciou oportunamente o devandito Xulgado, procedendo polo tanto a elevar a correspondente “cuestión de ilegalidade”, ao obxecto de que o axuizamento da mesma fose realizado polo órgano xurisdiccional competente.

A propia sentenza 156/2010 do TSX Castela e León, estableceu na súa sentenza a distinción á que vimos aludindo cando determina que:

PRONUNCIAMOS:

1) *Que debemos desestimar e desestimamos os presentes recursos de apelación interpostos pola representación do Concello de Zamora y da Xunta de Compensación do Sector nº 7 "Higueras" contra a sentenza do Xulgado do Contencioso-administrativo de Zamora de 21 de xaneiro de 2009, ditada no P.O. 285/06, sen custos.*

2) *Que debemos anular e anulamos pola súa desconformidade co ordenamento xurídico o Plan Parcial do Sector nº 7 "Higueras".*

En definitiva, a sentenza citada resolve en apelación sobre o Proxecto de Compensación e en primeira instancia sobre o Plan Parcial.

Procedía polo tanto, en aplicación do art. 24 da CE, 86.1 e 3 da LXCA (arriba citados), recoñecer ao Excmo. Concello de Zamora o acceso á casación, e en definitiva á segunda instancia xurisdiccional, aínda cando for co exclusivo obxecto de analizar os motivos de anulación do Plan Parcial, considerando que con respecto á nulidade do Proxecto de Actuación non cabería recurso de casación, por ter sido analizado xa nunha primeira instancia xudicial polo Xulgado, e en segunda polo TSX de CeL vía recurso de apelación.

E nesa liña procedeuse á preparación do recurso de casación, que se interporía ao abeiro do artigo 88.1.d) e 88.1c) da Lei Xurisdiccional, por infracción de norma estatal e xurisprudencia que fora determinante da sentenza recorrida.

3.- O Auto de 26 de febreiro de 2010, confirmado polo de 16 de abril seguinte, da Sección Primeira da Sala do Contencioso- Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, con sede en Valladolid, polo que se acordou ter por non preparado o recurso de casación anunciado contra a Sentenza de 27 de xaneiro de 2010, ditada no recurso de apelación número 366/2009, deducido contra a Sentenza de 21 de xaneiro de 2009 ditada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo número 1 de Zamora, no recurso número 285/2006 (e 292/2006 e 89/2007 acumulados).

As devanditas resolucións, sen realizar unha verdadeira análise da cuestión formulada, resolven a inadmisión da preparación do recurso de casación baseándose nun Auto da Sala do Contencioso Administrativo do TS de 10 de decembro de 2009, malia que nada ten que ver o devandito Auto co presente suposto.

É interesante reproducir os fundamentos do mesmo, cuxa superficial lectura revelan que nada teñen que ver os precedentes xudiciais que se citan na devandita resolución do TSX co suposto que estamos analizando:

"PRIMEIRO

– *A Sentenza de 20 de maio de 2009 (RXCA 2009, 609) estimou a pretensión principal do recurso contencioso-administrativo interposto pola representación procesal de D^a Lorenza e outros, anulando o Decreto da Alcaldía-Presidencia do Concello de Tavernes da Valldigna (Valencia) de 28 de maio de 2004, desestimatorio do recurso de reposición interposto contra o Decreto de 10 de marzo de 2004 polo que se aprobaba definitivamente a reparcelación forzosa da Unidade de Execución do sector "VERGERET",*



na medida en que incluiu indebidamente a parcela dos actores pero sen que proceda a súa exclusión do ámbito da actuación integrada. No recurso anunciábase así mesmo que se recorría indirectamente o Programa de Actuación Integrada do devandito sector, que inclúe Plan Parcial de Mellora.

O recurso foi inicialmente promovido ante o Xulgado do Contencioso-administrativo nº 4 de Valencia, que se declarou incompetente a favor da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Valenciana, mediante Auto de 22 de marzo de 2006.

SEGUNDO

- A resolución ditada nas presentes actuacións e contra a que se intenta recorrer en casación, foi ditada con posterioridade á entrada en vigor da reforma operada na Lei 29/1998, de 13 de xullo (RCL 1998, 1741), reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa, introducida pola disposición adicional décimo cuarta da Lei Orgánica 19/2003, de 23 de decembro (RCL 2003, 3008), de modificación da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo (RCL 1985, 1578, 2635) do Poder Xudicial.

De acordo coa devandita reforma e a partir da entrada en vigor da mesma, os Xulgados do Contencioso-Administrativo coñecerán, ex artigo 8.1 da Lei Xurisdiccional na súa nova redacción, “dos recursos que se deduzan fronte aos actos das entidades locais ou das entidades e corporacións dependentes ou vinculadas ás mesmas, excluídas as impugnacións de calquera clase de instrumentos de planeamento urbanístico”; correspondendo, polo tanto, o coñecemento das devanditas cuestións en segunda instancia, ás Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza —artigo 10.2—.

Pois ben, como xa dixo constantemente esta Sala, as devanditas resolucións non son susceptibles de recurso de casación, ex artigos 8.1, 86.1 e disposición transitoria terceira da Lei desta Xurisdición e disposición transitoria décima da Lei Orgánica 19/2003, de 23 de decembro.

A reiteración de asuntos iguais fai innecesarias maiores consideracións, abondando con remitirse ao que dixo esta Sala en innumerables resolucións anteriores (por todos, Auto de 4 de outubro de 2004 (RX 2004, 5663) -recurso de queixa 137/04, referido este ao artigo 8.4 en materia de estranxeiría, e reiteradamente seguido por outros moitos posteriores cuxa cita resulta ociosa...”.

O Auto de 10 de decembro de 2009 fai referencia á consolidada doutrina desta Sala do TS, relativa ao cambio competencial operado pola reforma levada a cabo pola Lei Orgánica 19/2003, en virtude da cal, se un asunto do que coñeceron os tribunais superiores de xustiza é daqueles cuxa competencia se atribúe tras da reforma operada pola LO 19/2003 aos xulgados do contencioso, non cabería recurso de casación contra o mesmo. Pero esta doutrina nada ten que ver co presente suposto.

Pero ademais cabería engadir que ningunha contradición hai entre o Auto citado no suposto analizado, pois analizan supostos de feito e problemáticas ben diferenciadas.

No Auto de 10 de decembro de 2009 dise que:



“a invocación do artigo 86.3 da Lei Reguladora desta Xurisdición non abre o acceso da resolución impugnada ao recurso de casación, pois, xa dixo esta Sala, entre outros, en Autos de 13 de novembro de 2000 —recurso nº 7612/99— e 24 de setembro de 2001 —recurso nº 5963/2000—, de conformidade co preceptuado no artigo 86.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa, que só son susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo as resolucións ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza e da Audiencia Nacional...”

Así, segundo se recolle nos Autos de 11 de xuño, 2 (RX 2001, 7872) e 16 de xullo deste ano (RX 2001, 7879) —recursos núm. 6626/00, 4744/00 e 4863/00— a previsión do apartado 1 do artigo 86 da LXCA, limita a posibilidade de ser recorridas en casación só as sentenzas ditadas “en única instancia”, e prevalece sobre o disposto no apartado 3 do mesmo precepto, que se refire á posibilidade de recorrer “en todo caso” en casación as sentenzas dos Tribunais Superiores de Xustiza ou da Audiencia Nacional que declaren nula ou conforme a dereito unha disposición de carácter xeral. Noutras palabras, a expresión “en todo caso”, contida no apartado 3, non enerva o disposto no apartado 1, senón que só se sobrepón ao disposto no apartado 2 do citado precepto, e iso aínda que a sentenza que se pretende recorrer en casación declare a nulidade dunha disposición de carácter xeral, pois o artigo 86.3 non fai distinción entre declarala nula ou conforme a Dereito.”

Estamos plenamente de acordo, como non podería ser doutra maneira, co exposto, no sentido que malia a dicción literal do art. 86.3 a expresión “en todo caso” non lexitimaría para acudir ao recurso de casación cando un xulgado do contencioso coñece en primeira instancia e o TSX en apelación.

Pero “a sensu contrario”, se é o TSX o que coñece en primeira instancia unha disposición de carácter xeral, xa sexa directamente, xa sexa vía impugnación indirecta, o recurso de casación debe permitirse. Nótese que esta parte só pretende preparar recurso de casación contra o pronunciamento relativo á anulación da disposición de carácter xeral, e só esta cuestión sería obxecto de coñecemento por parte do TS nunha eventual casación.

En apoio desta liña argumental, podemos citar o manifestado polo TS (S.C.A, Sección 1ª) no Auto de 2 outubro 2003, XUR\2004\9914:

“...Polo tanto, non concorre o suposto previsto no artigo 86.3 LRXCA para acceder ao recurso de casación, pois como ten declarado este Tribunal (por todos, Auto de 13 de novembro de 2000) a comparación do vixente artigo 86.3 e do seu precedente normativo —artigo 93.3— revela que a Lei 29/1998 introduciu un importante cambio no réxime xurídico de acceso ao recurso de casación das impugnacións indirectas de disposicións xerais.

Así como antes as sentenzas ditadas nun recurso desta natureza eran sempre susceptibles de recurso de casación —artigo 93.3 da Lei anterior—, agora sono unicamente cando a sentenza —da Audiencia Nacional ou dun Tribunal Superior de Xustiza— declara nula ou conforme a Dereito a disposición xeral indirectamente cuestionada —artigo 86.3 da vixente Lei, aplicable tamén, por suposto, aos recursos directos—.

Declaración que só pode facerse polo órgano xurisdiccional competente para coñecer do recurso indirecto cando o fose tamén para coñecer do recurso directo contra aquela —artigo 27.2 da Lei de 1998—, sen prexuízo de que se non o fose, e a sentenza é estimatoria por ter considerado ilegal o contido da disposición xeral aplicada, e ademais firme, o Tribunal Superior de Xustiza —ou, no seu caso, a Audiencia Nacional—, deba formular a cuestión de ilegalidade ante o Tribunal competente para coñecer do recurso directo contra a disposición xeral de que se trate —artigo 27.1—, o que revela que a modificación normativa levada a cabo no tratamento procesal dos recursos indirectos contra disposicións xerais pola Lei desta Xurisdición de 1998, no que ao recurso de casación se refire (distinta é, en cambio, a solución que adopta o artigo 81.2.d) respecto ao recurso de apelación), é substancial, como xa quedou adiantado.

Polo tanto, a apertura do recurso de casación nos casos de impugnación indirecta de normas regulamentarias está suxeita ao réxime xeral establecido nos apartados 1 e 2 do artigo 86 e non ao especial do seu apartado 3, a agás o que se dixo máis arriba para o suposto de que conflúa no órgano xurisdiccional —Audiencia Nacional ou Tribunal Superior de Xustiza— a dobre competencia para coñecer do recurso indirecto e do recurso directo contra a disposición xeral cuestionada, o que non ocorre no presente caso.”.

O presente suposto é o contemplado no Auto referenciado:

Formulouse unha cuestión de ilegalidade relativa a unha disposición de carácter xeral, e confluía no mesmo órgano xurisdiccional (TSX) a competencia para coñecer do recurso indirecto (cuestión de ilegalidade que efectivamente coñeceu) como do directo (se se tivese impugnado directamente o Plan Parcial a competencia tamén tivese correspondido ao TSX). Por iso no presente caso, e tal e como reza o citado Auto, cabería tamén o recurso de casación.

Nesta mesma liña, manifestouse se cabe con maior rotundidade a doutrina xurisprudencial máis autorizada. E dicimos doutrina xurisprudencial por canto os autores da devandita doutrina foron Maxistrados da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo.

Así, D. Pascual Sala Sánchez, D. Juan Antonio Xiol Ríos e D. Rafael Fernández Montalvo abordaron directamente e sen matices esta cuestión, sinalando no seu manual “ Práctica Procesal Contencioso Administrativa”, Tomo VI, Vol. I, apartado 7.II(b, páxinas 187 e 188 (Ed. Bosch, S.A.) que:

“Debe lembrarse, porén, que os regulamentos poden ser impugnados de modo directo ou indirecto (é dicir, dirixindo o seu recurso contra eles ou alegando a súa ilegalidade ao dirixir o recurso contencioso administrativo contra un acto que os aplica, segundo dispón o art. 26.1 da LXCA : “Ademais da impugnación directa das disposicións de carácter xeral, tamén é admisible a dos actos que se produzan en aplicación das mesmas, fundada en que tales disposicións non son conformes a Dereito”...

A impugnación directa dun regulamento, se o tribunal a quo decide a súa estimación, pode dar lugar á formulación da cuestión de ilegalidade (segundo o art. 27 LXCA “Cando un Xuíz ou Tribunal do Contencioso-administrativo tiver ditado sentenza fir-



me estimatoria por considerar ilegal o contido da disposición xeral aplicada, deberá formular a cuestión de ilegalidade ante o Tribunal competente para coñecer do recurso directo contra a disposición, agás o disposto nos dous apartados seguintes”).
Nestes casos será a sentenza ditada por este tribunal cando se ventilará, con efectos xerais, a validez ou nulidade dunha disposición, e por conseguinte, caberá recurso de casación. “.

No presente suposto, a sentenza do TSX de CeL cuxa casación pretendía interpoñer o Excmo. Concello de Zamora é a que por primeira e única vez ventila, con efectos xerais, a validez ou nulidade dunha disposición de carácter xeral (Plan Parcial), e por conseguinte, entendemos que de acordo coa doutrina exposta, debería terse admitido o recurso de casación. En definitiva, o presente é o caso recollido na doutrina citada, e en consecuencia solicitouse a aplicación da devandita doutrina, co obxecto de outorgar a esta parte o dereito a recorrer por primeira vez un pronunciamento claramente desfavorable para a administración.

4 A solución final

O Auto da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de vinte e oito de outubro de dous mil dez. Relator: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ (Roj: ATS 13796/2010).

O Auto que procedemos a diseccionar basea a denegación da admisión do recurso de casación en dúas liñas argumentais, a primeira, incomprendible, a segunda, peregrina.

Así, comeza sinalando que:

“As alegacións efectuadas formuladas pola parte recorrente non desvirtúan os razoamentos do Auto impugnado, pois atopámonos ante unha Sentenza ditada en apelación e por iso non susceptible de recurso de casación, xa que como dixo esta Sala, entre outros moitos, en Auto de 13 de novembro de 2000 —recurso número 7612/1999—, de conformidade co preceptuado no artigo 86.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso- Administrativa, só son susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo as sentenzas ditadas en única instancia polas Salas do Contencioso-Administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza e da Audiencia Nacional. No mesmo sentido Autos de 11 de xuño, 2 e 16 de xullo e 24 de setembro de 2001, entre outros. Limitación que, en calquera caso, resulta tamén aplicable ao suposto do artigo 86.3 da LRXCA, que unicamente configura unha contraexcepción ás excepcións relacionadas no artigo 86.2 da LRXCA, pero non abre o acceso á vía casacional ás sentenzas ditadas en segunda instancia.

Así segundo se recolle, entre outros moitos, nos Autos de 11 de xuño, 2 e 16 de xullo e 24 de setembro de 2001 aos que abonda con remitirse —recursos números 6626/00, 4744/00, 4863/00 e 5963/00—, a previsión do apartado 1 do artigo 86 LXCA limita a posibilidade de ser recorridas en casación só ás sentenzas ditadas “en única instancia” e prevalece sobre o disposto no apartado 3 do mesmo precepto, que se refire á posibilidade de recorrer “en todo caso” en casación as sentenzas que resolvan recursos contra disposicións de carácter xeral. Noutras palabras, a expresión “en todo caso”, contida no apartado 3, non enerva o disposto no apartado 1, senón que só se sobrepón ao disposto no apartado 2 do citado artigo 86.

TERCEIRO

- *Non obsta á anterior conclusión as alegacións da parte recorrente, xa que a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León entrou a coñecer sobre a legalidade ou ilegalidade do Plan Parcial Sector 7 “Higueras” en virtude do disposto polo artigo 27.2 da LRXCA, como consta no Fundamento Xurídico sétimo da sentenza.”*

É certamente difícil comprender como o Tribunal Supremo segue considerando que a sentenza do TSX de CeL resolve “en segunda instancia” sobre unha disposición que só pode coñecer en primeira instancia. Malia dicción literal da lei, malia doutrina citada, malia os precedentes, nega o acceso ao recurso e permite que unha disposición de carácter xeral non poida ser recorrida “en segunda instancia”.

Por riba, ningún dos Autos citados —Autos de 11 de xuño, 2 e 16 de xullo e 24 de setembro de 2001, recursos números 6626/00, 4744/00, 4863/00 e 5963/00— se refire a un suposto de feito coincidente co presente, en tanto que naqueles casos os Xulgados do Contencioso coñeceran en primeira instancia, os Tribunais Superiores de Xustiza en segunda, e o que se pretendía era unha terceira instancia vía casación. Este importante detalle pasa incomprensiblemente desapercibido polo Tribunal Supremo.

Así, o Auto de 24 setembro 2001 RX 2002\5782 establece:

“Polo Procurador dos Tribunais don Jorge D. G., en nome e representación da Universidade de Estremadura, interpúxose recurso de queixa contra o Auto de 5 de setembro de 2000 ditado pola Sala do Contencioso-Administrativo, do Tribunal Superior de Xustiza de Estremadura, polo que se acordou ter por non preparado o recurso de casación anunciado contra a Sentenza de 26 de xullo de 2000 ditada no recurso de apelación núm. 71/2000 (SEGUNDA INSTANCIA), deducido contra a Sentenza de 22 de marzo de 2000 ditada polo Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badaxoz (PRIMEIRA INSTANCIA), no recurso núm. 654/1999, relativo a Acordo do Consello Social da Universidade de Estremadura sobre Modificación da Relación de Posto de Traballo do Persoal de Administración e Servizos”.

Dito doutro xeito, para negar unha segunda instancia contra o Plan Parcial, cita supostos onde si houbo segundas instancias contra disposicións de carácter xeral, e nos que non se planteou ningunha cuestión de ilegalidade.

Continuando a análise da fundamentación do Auto do Tribunal Supremo de vinte e oito de Outubro de dous mil dez, o segundo dos argumentos esgrimidos polo Alto Tribunal refírese ao indiscutido feito de que o dereito á tutela xudicial efectiva do art. 24 da CE, non implica un dereito absoluto a un recurso fronte a toda resolución xudicial, e que polo tanto o ordenamento xurídico procesal pode limitar o réxime de recursos fronte unha resolución xudicial.

Así, sinala o TS que:

“Ademais, ha de significarse que as posibles restricións que apunta en canto á recoñecibilidade da Sentenza que se pretende impugnar, non son incompatibles co dereito á tutela xudicial efectiva do artigo 24.1 da Constitución, debendo terse presente, ademais, que resulta doutrina reiterada desta Sala a de que non se quebranta o de-

vandito dereito porque un proceso contencioso-administrativo quede resolto en única instancia.

Xunto ao anterior, ha de lembrarse que, sobre o acceso aos recursos, existe unha consolidada doutrina do Tribunal Constitucional que, reiterada na súa Sentenza número 252/2004, de 20 de decembro, pode resumirse no seguinte: "... como sintetizamos na STC 71/2002, de 8 de abril, "mentres que o dereito a unha resposta xudicial sobre as pretensións esgrimidas goza de natureza constitucional, en tanto que deriva directamente do art. 24.1 CE, o dereito á revisión dunha determinada resposta xudicial ten carácter legal. O sistema de recursos, en efecto, incorpórase á tutela xudicial na configuración que lle outorga cada unha das leis reguladoras das diversas ordes xurisdiccionais, sen que, como precisamos no fundamento xurídico 5 da STC 37/1995, 'nin sequera exista un dereito constitucional a dispoñer de tales medios de impugnación, sendo imaxinable, posible e real a eventualidade de que non existan, agás no penal (SSTC 140/1985, 37/1988 e 106/1988)'. En fin, 'non pode atoparse na Constitución—dixemos no mesmo lugar— ningunha norma ou principio que imponha a necesidade dunha dobre instancia ou duns determinados recursos, sendo posible en abstracto a súa inexistencia ou condicionar a súa admisibilidade ao cumprimento de certos requisitos. O establecemento e regulación, nesta materia, pertence ao ámbito de liberdade do lexislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995, FX 5). Como consecuencia do anterior, 'o principio hermenéutico pro actione non opera con igual intensidade na fase inicial do proceso, para acceder ao sistema xudicial, que nas sucesivas, conseguida que foi unha primeira resposta xudicial á pretensión' que 'é a substancia medular da tutela e o seu contido esencial, sen importar que sexa única ou múltiple, segundo regulen as normas procesais o sistema de recursos' (SSTC 37/1995, 58/1995, 138/1995 e 149/1995".

Pois ben, novamente o TS querendo negar o acceso ao recurso de casación emprega xurisprudencia que debera facilitalo no suposto de autos.

Non se trata no presente caso de invocar un suposto dereito constitucional a un recurso, tampouco cómpre aludir á vulneración dun dereito fundamental como o art. 24 da CE. É sinxelamente unha cuestión de legalidade ordinaria.

Coincidimos plenamente co TS e TC en que "*non pode atoparse na Constitución —dixemos no mesmo lugar— ningunha norma ou principio que imponía a necesidade dunha dobre instancia ou duns determinados recursos, sendo posible en abstracto a súa inexistencia ou condicionar a súa admisibilidade ao cumprimento de certos requisitos. O establecemento e regulación, nesta materia, pertence ao ámbito de liberdade do lexislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995, FJ 5)*"

É a legalidade ordinaria, en concreto a Lei 29/1998 de 13 de xullo, a que con meridiana claridade establece no seu art. 86.3 que: "*Caberá en todo caso recurso de casación contra as sentenzas dos Tribunais Superiores de Xustiza que declaren nula ou conforme a Dereito unha disposición de carácter xeral*".

Así o quixo o lexislador, e así o estableceu. Coa mesma contundencia e coa mesma rotundidade que a LXCA emprega para limitar o acceso ao recurso noutros supostos, neste caso permíteo.



Pero non o quixo así o Tribunal Supremo, e con iso apártase da vontade do lexislador, e dun principio xeral do dereito cal é “in claris non fit interpretatio”, para establecer unha sorte de inexplicable e peregrina interpretación contra legem.

Conclusión final: pode a xurisprudencia prevalecer fronte a lei?

Este tipo de contradicións frontais entre a lei e a xurisprudencia, nas que os tribunais co pretexto da interpretación da lei negan flagrantemente o seu sentido literal, lévannos ao eterno debate entre a prelación das fontes do dereito no noso ordenamento xurídico:

O artigo 1.1º do Código Civil atópase dedicado á regulación das fontes do Dereito.

“As fontes do ordenamento xurídico español son a lei, o costume e os principios xerais do Dereito”.

Pola súa parte o artigo 1.7, *“Os Xuíces e Tribunais teñen o deber inescusable de resolver en todo caso os asuntos de que coñezan, aténdose ao sistema de fontes establecido”.*

Polo tanto o poder xudicial está vinculado pola lei.

Fronte aos sistemas anglosaxóns, que atribúen aos precedentes xudiciais o carácter de fonte do Dereito (“case Law”), constituíndo e formando o Dereito común o “commom law”, os sistemas continentais, baseados no principio da primacía da lei, non elevan a xurisprudencia á categoría de fonte xurídica.

O art. 1.6 do Código civil sinala que *“A xurisprudencia complementará o ordenamento xurídico coa doutrina que, de modo reiterado, estableza o Tribunal Supremo ao interpretar e aplicar a lei, o costume e os principios xerais do Dereito”.* Con iso o sistema español parece inclinarse por esa posición intermedia entre o sistema anglosaxón e o continental antes referida.

DÍEZ-PICAZO e GULLÓN sinalan como caracteres da xurisprudencia os seguintes: 1) A xurisprudencia non é fonte do Dereito, porque non se atopa dentro da numeración de fontes do artigo 1.1. 2) Aproxímase, porén, ás fontes do Dereito, en canto que se lle menciona no mesmo artigo e capítulo que se refiere a elas. 3) A función que se asigna é a de complemento ou de integración do ordenamento xurídico. Non crea as fontes, pero sérvelles de complemento. 4) A doutrina xurisprudencial, cando se formula dun xeito reiterado, adquire o que a Exposición de Motivos da Lei de reforma do Título Preliminar de 1974 chama “unha certa transcendencia normativa”, o que confirma a adscrición do sistema español a esa postura intermedia na consideración da xurisprudencia como fonte do Dereito.

A Constitución Española de 1978 deixa claro que a soberanía nacional reside no pobo español, do que emanan os poderes do Estado (art. 1.2), e coas modernas definicións da lei ten que citarse a de FEDERICO DE CASTRO, para quen, tomando en conta o sentido de norma primordial do que actualmente goza, a lei é “a norma emanada directamente do poder soberano, reveladora do seu mandato respecto á organización xurídica da nación”.

Polo tanto, nada nin ninguén está por enriba da lei constitucional, e o resto dos poderes do Estado, tamén o poder xudicial, están vinculados pola vontade do pobo expresada a través da Cortes en forma de lei.

De acordo co exposto, en debate estaría resolto a favor da lei.

E unha vez resolto o debate cabería preguntarse que sucede cando os máis altos tribunais se apartan das regras do xogo, o que nos conduciría de cheo a outro debate, quen garda ao gardián? que deixaremos para outro artigo.

Bibliografía e xurisprudencia

“Práctica Procesal Contencioso Administrativa”, Tomo VI, Vol. I, (Ed. Bosch, S.A.)

Sentenza do Xulgado do Contencioso Administrativo nº1 de Zamora 7/2009, de 27-1-2010, procedemento ordinario 285/06, 292/06 e 89/07 (acumulados)

Sentenza da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, de 27-1-2010 (Recurso de Apelación 366/2009)

Auto da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Castela e León, de 16-04-2010

Auto da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de 24 setembro 2001

Auto da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de 10 de decembro de 2009

Autos da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de 11 de xuño, 2 e 16 de xullo e 24 de setembro de 2001 aos que abonda con remitirse -recursos números 6626/00, 4744/00, 4863/00 e 5963/00.

Auto da Sala do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo de 28 de outubro de 2010. Relator: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ (Roj: ATS 13796/2010).

Sentenza do Tribunal Constitucional número 252/2004, de 20 de decembro.

