

# La impugnación indirecta de los instrumentos de planeamiento urbanístico: la eliminación del derecho al recurso

JOSÉ ÁNGEL OREIRO ROMAR

Letrado de la Xunta de Galicia  
Director del Área de Urbanismo e Infraestructuras  
del Ayuntamiento de Santiago de Compostela

**Resumen:** *En el presente artículo pretendemos analizar como las vicisitudes procesales de un determinado asunto pueden dar lugar a la desaparición de la segunda instancia procesal en el recurso frente a disposiciones de carácter general, en función de la vía que se utilice para su impugnación.*

*Esta situación determina que un Plan General pueda llegar o no a ser analizado en una segunda instancia casacional, en función de si ha sido impugnado por vía directa o indirecta.*

*El presente artículo no se limita a analizar los sucesivos pronunciamientos jurisdiccionales que dan lugar a la conclusión final del Tribunal Supremo, sino que valora negativamente esta conclusión considerándola inexplicable desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE) en su vertiente del derecho de acceso a los 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 appellete 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.*

## Introducción

En el presente artículo pretendemos analizar cómo las vicisitudes procesales de un determinado asunto pueden dar lugar a la desaparición de la segunda instancia procesal frente a disposiciones de carácter general, en función de la vía que se utilice para su impugnación.

Esta situación, inexplicable desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española de 1978 en su vertiente del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, determina que un Plan General sólo pueda llegar a ser analizado en una segunda instancia casacional en función de si se ha impugnado por vía directa o indirecta, y con independencia de los vicios que concurran en el mismo.

Consideramos que la situación que procedemos a exponer no tiene paragón en nuestro ordenamiento jurídico, es contraria a la literalidad de la ley y carece de una fundamentación solvente y aceptable desde la perspectiva de una correcta praxis procesal.

Nuestro ordenamiento jurídico, para limitar el acceso a los recursos, es decir, a una segunda instancia, utiliza, en función del orden jurisdiccional de que se trate, diferentes criterios: la cuantía (ej. art. 86.2(a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso administrativa – 600.000 euros), la materia (art. 86.2(a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso administrativa –las dictadas en materia electoral-), o incluso algún concepto jurídico indeterminado como el interés casacional (Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero).

Pero no existe en nuestro ordenamiento jurídico procesal norma alguna que supedite el recurso jurisdiccional al simple y mero hecho de que el tribunal que conoció del asunto en primera instancia lo hizo por la vía directa del recurso contencioso ordinario, o por la vía indirecta de la cuestión de ilegalidad.

Al contrario, y como seguidamente veremos, tal resultado, al que ha llegado la jurisprudencia, parece radicalmente opuesto a la literalidad de la ley.

En definitiva, y concretando, expondremos la contradicción de nuestra práctica procesal que puede producir y de hecho produce situaciones tan absurdas como la admisión de un recurso de casación frente a un instrumento de planeamiento urbanístico (por ejemplo, un Plan Parcial), cuando el mismo es examinado por medio del recurso contencioso administrativo directo por un Tribunal Superior de Justicia, y la inadmisión del mismo recurso de casación contra el mismo Plan Parcial cuando este ha sido examinado en primera instancia por el mismo tribunal, pero vía recurso indirecto (cuestión de ilegalidad).

## La primera instancia: recurso directo o indirecto

### I. Naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento:

En primer término, es necesario partir de la base de que un Plan General de Ordenación Municipal, al igual que el resto de los instrumentos de planeamiento urbanístico (planes parciales, planes especiales, o incluso estudios de detalle), tienen legal y jurisprudencialmente reconocida su naturaleza reglamentaria, es decir, son disposiciones de carácter general.



## II Tipos de recursos

Para contextualizar el supuesto analizado es necesario partir de las dos vías ya aludidas, que nuestro sistema procesal ofrece para la impugnación en primera instancia de actos y disposiciones de carácter general.

Así, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), diferencia la vía directa y la indirecta:

Recurso directo: Artículo 25 de la LJCA.

*El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general (...)*

Recurso indirecto - cuestión de ilegalidad: 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.*

## III Órgano jurisdiccional competente

La competencia en primera instancia para el conocimiento de los recursos frente a instrumentos de planeamiento urbanístico viene atribuida ex lege a los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa distingue:

Artículo 8.

1. *Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales ... excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.*

Artículo 10.

1. *Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:*

*b) Las disposiciones generales emanadas de las Entidades locales.*

Por lo tanto, un PXOM puede ser impugnado por medio del correspondiente recurso directo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, o por vía indirecta, planteando una cuestión de ilegalidad por medio de un recurso contra un acto aplicativo (ej. Proyecto de compensación, licencia, etc...) del PXOM.

En el primer caso, el recurso se interpone directamente contra el instrumento de planeamiento, ante el Tribunal Superior de Justicia, que es el competente para resolver.

En el segundo, el recurso se interpone contra el acto que aplica el instrumento de planeamiento (ej. Licencia) ante un Juzgado de lo contencioso administrativo, que si estima una posible ilegalidad en el instrumento de planeamiento que se está aplicando, podrá elevar la

cuestión de ilegalidad ante el órgano jurisdiccional competente, es decir, el Tribunal Superior de Justicia, que nuevamente es el competente para resolver.

## La segunda instancia: el recurso de casación

El Artículo 86 de la LCJA 29/1998 establece:

1. *Las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.*
2. **Cabrá en todo caso** recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general (es decir, un Plan general de Ordenación Municipal).

La expresión “en todo caso” no parece dejar lugar a dudas. Pero a pesar de esta contundencia y claridad, la jurisprudencia niega el acceso al recurso de casación en el supuesto antes citado, en oposición a la literalidad de la ley.

## El supuesto de autos: el plan parcial del sector 7” higueras” del plan general de ordenación urbana de zamora

1.- La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Zamora 7/2009, de 27-1-2010, procedimiento ordinario 285/06, 292/06 y 89/07 (acumulados), anuló por vía de recurso directo un acto administrativo, en concreto un Proyecto de Compensación (también llamado en la legislación autonómica de Castilla y León, Proyecto de Actuación) sobre la base de una supuesta contradicción con la disposición general que dicho proyecto de compensación desarrollaba y aplicaba, esto es el Plan Parcial (*Plan Parcial Sector 7 “Higueras”*).

Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zamora se dictó sentencia en el P.O. antes indicado, cuya parte dispositiva dice:

*“Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Higinio frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zamora de fecha 7 de agosto de 2006, debo declarar y **declaro nulo el mismo al entender que el Plan que ejecuta se encuentra viciado de nulidad.***

***Firme la presente resolución procédase a plantear cuestión de ilegalidad del Plan Parcial Sector 7 ‘Higueras’ a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid.”***

Por lo tanto, esta sentencia elevaba al órgano jurisdiccional competente (Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en adelante TSJ de CyL) la cuestión de ilegalidad sobre *Plan Parcial Sector 7 “Higueras”*.

2.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León: El recurso indirecto (cuestión de ilegalidad) y consecuente anulación del Plan Parcial.



La sentencia del Juzgado es recurrida en apelación por la administración actuante, el Excmo. Ayuntamiento de Zamora, por medio del Recurso de Apelación 366/2009, que dio lugar a la sentencia del TSJ de CyL, de 27-1-2010.

La sentencia de apelación resuelve la nulidad del Plan Parcial, en base a la previa anulación del PGOU de Zamora por el mismo tribunal (TSJ de CyL) de la siguiente manera:

*“Entrando en el fondo del asunto, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 72.2 y 73 de la Ley Jurisdiccional . Dice el art. 72.2 que “la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada” y el art. 73 señala “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 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 el presente caso el acto administrativo al que se refiere este litigio (Proyecto de Actuación del Plan Parcial del Sector nº 7 “Higueras”) se impugnó en su día directamente en plazo y forma legal por lo que no ha adquirido firmeza y, en consecuencia, no le alcanza la inmunidad regulada en el citado art. 73 .*

*Por tanto, la (previa) anulación de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Zamora en virtud de sentencia firme, cuyo fallo ha sido publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León de 13 de octubre de 2009, alcanza al acto administrativo aquí impugnado, que no es firme, y determina su nulidad ya que se trata de un Proyecto de Actuación dictado en ejecución de un Plan Parcial, que desarrolla un Plan General de Ordenación Urbana, que ha desaparecido de la esfera jurídica.*

*En consecuencia, aunque pudieran tener razón los apelantes cuando dicen que no cabe, cuando se impugna indirectamente una disposición general, fundamentar su nulidad en los vicios procedimentales producidos durante la tramitación de la misma sino solo en motivos de fondo, la circunstancia sobrevenida en este caso —firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la Revisión del Plan—, de la que se dio cuenta a las partes para que alegaran lo que estimaran oportuno, determina, por lo expuesto, que deban desestimarse los recursos de apelación.*

...

Por lo tanto, es evidente que el TSJ de Castilla y León conoció en “primera instancia” y a través de una “cuestión de ilegalidad” de la conformidad a derecho de una disposición de carácter general, cual era el Plan Parcial Sector 7 “Higueras” .

Y del mismo modo es evidente que dicho enjuiciamiento nunca pudo ser realizado por la Sentencia del Juzgado de lo contencioso de Zamora por ser manifiestamente incompetente, como así apreció oportunamente el susodicho Juzgado, procediendo por tanto a elevar la correspondiente “cuestión de ilegalidad”, al objeto de que el enjuiciamiento de la misma fuera realizado por el órgano jurisdiccional competente.

La propia sentencia 156/2010 del TSJ Castilla y León, estableció en su fallo la distinción a la que venimos aludiendo cuando determina que :

FALLAMOS:

- 1) *Que debemos desestimar y desestimamos los presentes recursos de apelación interpuestos por la representación del Ayuntamiento de Zamora y de la Junta de Compensación del Sector nº 7 "Higueras" contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Zamora de 21 de enero de 2009, dictada en el P.O. 285/06, sin costas.*
- 2) *Que debemos anular y anulamos por su disconformidad con el ordenamiento jurídico el Plan Parcial del Sector nº 7 "Higueras".***

En definitiva, la sentencia citada resuelve en apelación sobre el Proyecto de Compensación y en primera instancia sobre el Plan Parcial.

Procedía por tanto, en aplicación del art. 24 de la CE, 86.1 y 3 de la LJCA (arriba citados), reconocer al Excmo. Ayuntamiento de Zamora el acceso a la casación, y en definitiva a la segunda instancia jurisdiccional, aun cuando fuese con el exclusivo objeto de analizar los motivos de anulación del Plan Parcial, considerando que con respecto a la nulidad del Proyecto de Actuación no cabría recurso de casación, por haber sido analizado ya en una primera instancia judicial por el Juzgado, y en segunda por el TSJ de CyL vía recurso de apelación.

Y en esa línea se procedió a la preparación del recurso de casación, que se interpondría al amparo del artículo 88.1.d) y 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, por infracción de norma estatal y jurisprudencia que había sido determinante del fallo recurrido.

3.- El Auto de 26 de febrero de 2010, confirmado por el de 16 de abril siguiente, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, por el que se acordó tener por no preparado el recurso de casación anunciado contra la Sentencia de 27 de enero de 2010, dictada en el recurso de apelación número 366/2009, deducido contra la Sentencia de 21 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Zamora, en el recurso número 285/2006 (y 292/2006 y 89/2007 acumulados).

Dichas resoluciones, sin realizar un verdadero análisis de la cuestión planteada, resuelven la inadmisión de la preparación del recurso de casación basándose en un Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 10 de diciembre de 2009, a pesar de que nada tiene que ver dicho Auto con el presente supuesto.

Es interesante reproducir los fundamentos del mismo, cuya somera lectura revelan que nada tienen que ver los precedentes judiciales que se citan en dicha resolución del TSJ con el supuesto que estamos analizando:

*"PRIMERO*

- *La Sentencia de 20 de mayo de 2009 ( RJCA 2009, 609) estimó la pretensión principal del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Lorenza y otros, anulando el Decreto de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Tavernes de la Vallidigna (Valencia) de 28 de mayo de 2004, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de 10 de marzo de 2004 por el que se aprobaba definitivamente la reparcelación forzosa de la Unidad de Ejecución*



del sector "VERGERET", en la medida en que incluyó indebidamente la parcela de los actores pero sin que proceda su exclusión del ámbito de la actuación integrada. En el recurso se anunciaba asimismo que se recurría indirectamente el Programa de Actuación Integrada de dicho sector, que incluye Plan Parcial de Mejora.

El recurso fue inicialmente promovido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Valencia, que se declaró incompetente a favor de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante Auto de 22 de marzo de 2006.

## SEGUNDO

- La resolución dictada en las presentes actuaciones y contra la que se intenta recurrir en casación, ha sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio ( RCL 1998, 1741 ), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre ( RCL 2003, 3008 ), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio ( RCL 1985, 1578, 2635 ) del Poder Judicial .

Con arreglo a dicha reforma y a partir de la entrada en vigor de la misma, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán, ex artículo 8.1 de la Ley Jurisdiccional en su nueva redacción, "de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico" ; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia —artículo 10.2—.

Pues bien, como ya ha dicho constantemente esta Sala, dichas resoluciones no son susceptibles de recurso de casación, ex artículos 8.1, 86.1 y disposición transitoria tercera de la Ley de esta Jurisdicción y disposición transitoria décima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

*La reiteración de asuntos iguales hace innecesarias mayores consideraciones, bastando con remitirse a lo que ha dicho esta Sala en innumerables resoluciones anteriores (por todos, Auto de 4 de octubre de 2004 ( RJ 2004, 5663 ) —recurso de queja 137/04—, referido éste al artículo 8.4 en materia de extranjería, y reiteradamente seguido por otros muchos posteriores cuya cita resulta ociosa...".*

El Auto de 10 de diciembre de 2009 hace referencia a la consolidada doctrina de esta Sala del TS, relativa al cambio competencial operado por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 19/2003, en virtud de la cual, si un asunto del que conocieron los tribunales superiores de justicia es de aquellos cuya competencia se atribuye tras la reforma operada por la LO 19/2003 a los juzgados de lo contencioso, no cabría recurso de casación contra el mismo. Pero esta doctrina nada tiene que ver con el presente supuesto.

Pero además cabría añadir que ninguna contradicción hay entre el Auto citado en el supuesto analizado, pues analizan supuestos de hecho y problemáticas bien diferenciadas.

En el Auto de 10 de diciembre de 2009 se dice que:



*“la invocación del artículo 86.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción no abre el acceso de la resolución impugnada al recurso de casación, pues, ya ha dicho esta Sala, entre otros, en Autos de 13 de noviembre de 2000 —recurso nº 7612/99— y 24 de septiembre de 2001 —recurso nº 5963/2000—, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sólo son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las resoluciones dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional...*

*Así, según se recoge en los Autos de 11 de junio, [2 \(RJ 2001, 7872\)](#) y [16 de julio de este año \(RJ 2001, 7879\)](#) —recursos núm. 6626/00, 4744/00 y 4863/00— la previsión del apartado 1 del artículo 86 de la LJCA, limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencias dictadas “en única instancia”, y prevalece sobre lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de recurrir “en todo caso” en casación las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general. En otras palabras, la expresión “en todo caso”, contenida en el apartado 3, no enerva lo dispuesto en el apartado 1, sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado precepto, y ello aunque la sentencia que se pretende recurrir en casación declare la nulidad de una disposición de carácter general, pues el artículo 86.3 no hace distinción entre declararla nula o conforme a Derecho.”*

Estamos plenamente de acuerdo, como no podría ser de otra manera, con lo expuesto, en el sentido que a pesar de la dicción literal del art. 86.3 la expresión “en todo caso” no legitimaría para acudir al recurso de casación cuando un juzgado de lo contencioso conoce en primera instancia y EL TSJ en apelación.

Pero “a sensu contrario”, si es el TSJ el que conoce en primera instancia una disposición de carácter general, ya sea directamente, ya sea vía impugnación indirecta, el recurso de casación debe permitirse. Nótese que esta parte sólo pretende preparar recurso de casación contra el pronunciamiento relativo a la anulación de la disposición de carácter general, y sólo esta cuestión sería objeto de conocimiento por parte del TS en una eventual casación.

En apoyo de esta línea argumental, podemos citar lo manifestado por el TS (S.C.A, Sección 1ª) en el Auto de 2 octubre 2003, JUR\2004\9914 :

*“...Por tanto, no concurre el supuesto previsto en el artículo 86.3 LRJCA para acceder al recurso de casación, pues como tiene declarado este Tribunal (por todos, Auto de 13 de noviembre de 2000) la comparación del vigente artículo 86.3 y de su precedente normativo —artículo 93.3— revela que la Ley 29/1998 ha introducido un importante cambio en el régimen jurídico de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales.*

*Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación —artículo 93.3 de la Ley anterior—, ahora lo son únicamente cuando la sentencia —de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia— declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 de la vigente Ley, aplicable también, por supuesto, a los recursos directos—.*

*Declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla —artículo 27.2 de la Ley de 1998—, sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, y además firme, el Tribunal Superior de Justicia —o, en su caso, la Audiencia Nacional—, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate —artículo 27.1—, lo que revela que la modificación normativa llevada a cabo en el tratamiento procesal de los recursos indirectos contra disposiciones generales por la Ley de esta Jurisdicción de 1998, en lo que al recurso de casación se refiere (distinta es, en cambio, la solución que adopta el artículo 81.2.d) respecto al recurso de apelación), es sustancial, como ya quedó adelantado.*

*Por tanto, la apertura del recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de normas reglamentarias está sujeta al régimen general establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 86 y no al especial de su apartado 3, a salvo lo que se ha dicho más arriba para el supuesto de que confluya en el órgano jurisdiccional —Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia— la doble competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo contra la disposición general cuestionada, lo que no ocurre en el presente caso.”.*

El presente supuesto es el contemplado en el Auto referenciado:

Se planteó una cuestión de ilegalidad relativa a una disposición de carácter general, y confluía en el mismo órgano jurisdiccional (TSJ) la competencia para conocer del recurso indirecto (cuestión de ilegalidad que efectivamente conoció) como del directo (si se hubiese impugnado directamente el Plan Parcial la competencia también hubiese correspondido al TSJ). Por ello en el presente caso, y tal y como reza el citado Auto, cabría también el recurso de casación.

**En esta misma línea, se ha manifestado si cabe con mayor rotundidad la doctrina jurisprudencial más autorizada. Y decimos doctrina jurisprudencial por cuanto los autores de dicha doctrina han sido Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.**

**Así, D. Pascual Sala Sánchez, D. Juan Antonio Xiol Ríos y D. Rafael Fernández Montalvo han abordado directamente y sin matices esta cuestión, señalado en su manual “ Práctica Procesal Contencioso Administrativa”, Tomo VI, Vol. I, apartado 7.II(b, páginas 187 y 188 ( Ed. Bosch, S.A.) que:**

***“Debe recordarse, sin embargo, que los reglamento pueden ser impugnados de modo directo o indirecto (es decir, dirigiendo su recurso contra ellos o alegando su ilegalidad al dirigir el recurso contencioso administrativo contra un acto que los aplica, según dispone el art. 26.1 de la LJCA : “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”...***

*La impugnación directa de un reglamento, si el tribunal a quo decide su estimación, puede dar lugar al planteamiento de la cuestión de ilegalidad (según el art. 27 LJCA*



*“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”). **En estos casos será la sentencia dictada por este tribunal cuando se ventilará, con efectos generales, la validez o nulidad de una disposición, y por consiguiente, cabrá recurso de casación.”***

En el presente supuesto, la sentencia del TSJ de CyL cuya casación pretendía interponer el Excmo. Ayuntamiento de Zamora es la que por primera y única vez ventila, con efectos generales, la validez o nulidad de una disposición de carácter general (Plan Parcial), y por consiguiente, entendemos que de acuerdo con la doctrina expuesta, debería haberse admitido el recurso de casación. En definitiva, el presente es el caso recogido en la doctrina citada, y en consecuencia se solicitó la aplicación de dicha doctrina, al objeto de otorgar a esta parte el derecho a recurrir por primera vez un pronunciamiento claramente desfavorable para la administración.

## 4 La solución final

El Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de veintiocho de Octubre de dos mil diez. Ponente: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ (Roj: ATS 13796/2010).

El Auto que procedemos a diseccionar basa la denegación de la admisión del recurso de casación en dos líneas argumentales, la primera, incomprensible, la segunda, peregrina.

Así, comienza señalando que:

*“Las alegaciones efectuadas formuladas por la parte recurrente no desvirtúan los razonamientos del Auto impugnado, pues nos encontramos ante una Sentencia dictada en apelación y por ello no susceptible de recurso de casación, ya que como ha dicho esta Sala, entre otros muchos, en Auto de 13 de noviembre de 2000 —recurso número 7612/1999—, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, solo son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. En el mismo sentido Autos de 11 de junio, 2 y 16 de julio y 24 de septiembre de 2001, entre otros. Limitación que, en cualquier caso, resulta también aplicable al supuesto del artículo 86.3 de la LRJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LRJCA, pero no abre el acceso a la vía casacional a las sentencias dictadas en segunda instancia.*

*Así según se recoge, entre otros muchos, en los Autos de 11 de junio, 2 y 16 de julio y 24 de septiembre de 2001 a los que basta con remitirse —recurso números 6626/00, 4744/00, 4863/00 y 5963/00—, la previsión del apartado 1 del artículo 86 LJCA limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencias dictadas “en única instancia” y prevalece sobre lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de recurrir “en todo caso” en casación las sentencias que resuelvan recursos contra disposiciones de carácter general. En otras palabras,*

la expresión “en todo caso”, contenida en el apartado 3 , no enerva lo dispuesto en el apartado 1, sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 86 .

### TERCERO

- No obsta a la anterior conclusión las alegaciones de la parte recurrente, ya que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha entrado a conocer sobre la legalidad o ilegalidad del Plan Parcial Sector 7 “Higueras” en virtud de lo dispuesto por el artículo 27.2 de la LRJCA, como consta en el Fundamento Jurídico séptimo de la sentencia.”

Es ciertamente difícil comprender como el Tribunal Supremo sigue considerando que la sentencia del TSJ de CyL resuelve “en segunda instancia” sobre una disposición que sólo puede conocer en primera instancia. A pesar de la dicción literal de la ley, a pesar de la doctrina citada, a pesar de los precedentes, niega el acceso al recurso y permite que una disposición de carácter general no pueda ser recurrida “en segunda instancia”.

Para colmo, ninguno de los Autos citados —Autos de 11 de junio , 2 y 16 de julio y 24 de septiembre de 2001, recursos números 6626/00 , 4744/00 , 4863/00 y 5963/00— se refiere a un supuesto de hecho coincidente con el presente, en tanto que en aquellos casos los Juzgados de lo Contencioso habían conocido en primera instancia, los Tribunales Superiores de Justicia en segunda, y lo que se pretendía era una tercera instancia vía casación. Este importante detalle pasa incomprensiblemente desapercibido por el Tribunal Supremo.

Así, el Auto de 24 septiembre 2001 RJ 2002\5782 establece :

*“Por el Procurador de los Tribunales don Jorge D. G., en nombre y representación de la Universidad de Extremadura, se ha interpuesto recurso de queja contra el Auto de 5 de septiembre de 2000 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por el que se acordó tener por no preparado el recurso de casación anunciado contra la Sentencia de 26 de julio de 2000 dictada en el recurso de apelación núm. 71/2000 (SEGUNDA INSTANCIA) , deducido contra la Sentencia de 22 de marzo de 2000 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Badajoz (PRIMERA INSTANCIA), en el recurso núm. 654/1999, relativo a Acuerdo del Consejo Social de la Universidad de Extremadura sobre Modificación de la Relación de Puesto de Trabajo del Personal de Administración y Servicios”.*

Dicho de otra manera, para negar una segunda instancia contra el Plan Parcial, cita supuestos donde si ha habido segundas instancias contra disposiciones de carácter general, y en los que no se ha planteado ninguna cuestión de ilegalidad.

Continuando el análisis de la fundamentación del Auto del Tribunal Supremo de veintiocho de Octubre de dos mil diez, el segundo de los argumentos esgrimidos por el Alto tribunal se refiere al indiscutido hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, no implica un derecho absoluto a un recurso frente a toda resolución judicial, y que por lo tanto el ordenamiento jurídico procesal puede limitar el régimen de recursos frente a una resolución judicial.

Así, señala el TS que:



*“Además, ha de significarse que las posibles restricciones que apunta en cuanto a la recurribilidad de la Sentencia que se pretende impugnar, no son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, debiendo tenerse presente, además, que resulta doctrina reiterada de esta Sala la de que no se quebranta dicho derecho porque un proceso contencioso-administrativo quede resuelto en única instancia.*

*Junto a lo anterior, ha de recordarse que, sobre el acceso a los recursos, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, reiterada en su Sentencia número 252/2004, de 20 de diciembre, puede resumirse en lo siguiente: “... como hemos sintetizado en la STC 71/2002, de 8 de abril, “mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, ‘ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)’. En fin, ‘no puede encontrarse en la Constitución —hemos dicho en el mismo lugar— ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983), (STC 37/1995, FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos (SSTC 37/1995, 58/1995, 138/1995 y 149/1995”.*

Pues bien, nuevamente el TS queriendo negar el acceso al recurso de casación utiliza jurisprudencia que debiera facilitararlo en el supuesto de autos.

No se trata en el presente caso de invocar un supuesto derecho constitucional a un recurso, tampoco es necesario aludir a la una vulneración de un derecho fundamental como el art. 24 de la CE. Es sencillamente una cuestión de legalidad ordinaria.

*Coincidimos plenamente con el TS y TC en que “no puede encontrarse en la Constitución —hemos dicho en el mismo lugar— ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)’ (STC 37/1995, FJ 5)”*

Es la legalidad ordinaria, en concreto la Ley 29/1998 de 13 de julio, la que con meridiana claridad establece en su art. 86.3 que . *“Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general”.*

Así lo ha querido el legislador, y así lo establecido. Con la misma contundencia y con la misma rotundidad que la LJCA utiliza para limitar el acceso al recurso en otros supuestos, en este caso lo permite.

Pero no lo querido así el Tribunal Supremo, y con ello se aparta de la voluntad del legislador, y de un principio general del derecho cual es "in claris non fit interpretatio", para establecer una suerte de inexplicable y peregrina interpretación contra legem.

## Conclusión final: ¿puede la jurisprudencia prevalecer frente a la ley?

Este tipo de contradicciones frontales entre la ley y la jurisprudencia, en las que los tribunales con el pretexto de la interpretación de la ley niegan flagrantemente su sentido literal, nos llevan al eterno debate entre la prelación de las fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico:

El artículo 1.1º del Código Civil se encuentra dedicado a la regulación de las fuentes del Derecho.

*"Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".*

Por su parte el artículo 1.7, *"Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".*

Por lo tanto el poder judicial está vinculado por la ley.

Frente a los sistemas anglosajones, que atribuyen a los precedentes judiciales el carácter de fuente del Derecho ("case Law"), constituyendo y formando el Derecho común o "common law", los sistemas continentales, basados en el principio de la primacía de la ley, no elevan la jurisprudencia a la categoría de fuente jurídica.

El art. 1.6 del Código civil señala que *"La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho"*. Con ello el sistema español parece inclinarse por esa posición intermedia entre el sistema anglosajón y el continental antes nos referida.

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan como caracteres de la jurisprudencia los siguientes: 1) La jurisprudencia no es fuente del Derecho, porque no se encuentra dentro de la enumeración de fuentes del artículo 1.1. 2) Se le aproxima, sin embargo, a las fuentes del Derecho, en cuanto que se la menciona en el mismo artículo y capítulo que se refiere a ellas. 3) La función que se asigna es la de complemento o de integración del ordenamiento jurídico. No crea las fuentes, pero les sirve de complemento. 4) La doctrina jurisprudencial, cuando se formula de un modo reiterado, adquiere lo que la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del Título Preliminar de 1974 llama "una cierta trascendencia normativa", lo que confirma la adscripción del sistema español a esa postura intermedia en la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho.



La Constitución Española de 1978 deja claro que soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2), y las modernas definiciones de la ley ha de citarse la de FEDERICO DE CASTRO, para quien, tomando en cuenta el sentido de norma primordial que actualmente disfruta, la ley es “la norma emanada directamente del poder soberano, reveladora de su mandato respecto a la organización jurídica de la nación”.

Por lo tanto, nada ni nadie está por encima de la ley constitucional, y el resto de los poderes del Estado, también el poder judicial, están vinculados por la voluntad del pueblo expresada a través de la Cortes en forma de ley.

De acuerdo con lo expuesto, en debate estaría resuelto a favor de la ley.

Y una vez resuelto el debate cabría preguntarse qué sucede cuando los más altos tribunales se apartan de las reglas del juego, lo que nos conduciría de lleno a otro debate, ¿quién guarda al guardián?, que dejaremos para otro artículo.

## Bibliografía y jurisprudencia

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

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº1 de Zamora 7/2009, de 27-1-2010, procedimiento ordinario 285/06, 292/06 y 89/07 (acumulados).

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 27-1-2010 (Recurso de Apelación 366/2009).

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 16-04-2010.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 septiembre 2001.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009.

Autos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de junio , 2 y 16 de julio y 24 de septiembre de 2001 a los que basta con remitirse -recursos números 6626/00 , 4744/00 , 4863/00 y 5963/00.

Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de veintiocho de Octubre de dos mil diez. Ponente: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ (Roj: ATS 13796/2010).

Sentencia del Tribunal Constitucional número 252/2004, de 20 de diciembre.