

Revista del Foro Canario



90

Las Palmas de Gran Canaria, 1995

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano
Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez
Diputado Segundo

Javier Ayala Galán
Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez
Diputado Cuarto

Jaime Rubio López
Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez
Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández
Diputado Séptimo

Noemí Fernández Álvarez
Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes
Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido
Tesorero

Rafael Vera Comínges
Secretario

**COMISIÓN DELEGADA DE LA
REVISTA DEL FORO CANARIO**

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

**CUESTIONES DE PERSONAL.
POSIBLE INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES DE SEGURIDAD JURÍDICA
E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY
POR LOS JUECES Y TRIBUNALES, TRAS LA
LEY 10/1992 DE 30 DE ABRIL**

**PIEDAD MILICUA SALAMERO
MARÍA DE LOS ÁNGELES RAMOS GUILLÉN**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

CONCEPTO DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL.

**REGULACIÓN DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL EN
LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956.**

REFORMA OPERADA POR LA LEY 10/92 DE 30 DE ABRIL
DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL.

1. Recurso de casación ordinario.
2. Recurso de casación para unificación de la doctrina.
3. Recurso de casación en interés de la ley.

SITUACIÓN ACTUAL QUE HA GENERADO LA NUEVA
REGULACIÓN.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Aunque las cuestiones de personal ocupan alrededor de la tercera parte de los asuntos que conocen las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo la Sala de la Audiencia Nacional dos secciones dedicadas a resolver las pretensiones en esta materia, lo cierto es que no suelen ser objeto de especial atención por parte de la doctrina, quizás por esa idea de considerarlas cuestiones de tipo doméstico entre la Administración y sus funcionarios, sin la trascendencia político-social o económica de los problemas urbanísticos, fiscales, etc., o incluso del Derecho laboral en el que la posibilidad de la pérdida del trabajo a través de un despido, una regulación de empleo, etc. penden como una amenaza para el trabajador, cosa hasta ahora impensable en el funcionario, que en mejor o peor situación, con derechos o con simples expectativas, tiene garantizado un puesto de trabajo hasta su jubilación. No obstante, hoy día, este principio que parecía ser uno de los pilares de condición estatutaria-funcionarial, por ser el “derecho al cargo” uno de los pocos, por no decir ya prácticamente el único, reconocido al funcionariado como derecho adquirido (art. 63.2 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1964), ha sufrido importantes matizaciones con la Ley 22/1993 de 29 de diciembre a que luego haremos una breve referencia. Toda vez que el otro derecho que tradicionalmente así se venía considerando, el de carácter económico, ha quedado desdibujado a partir de la Ley 30/84 de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por la cual sólo son susceptibles de adquirir como derechos económicos las retribuciones básicas de su Grupo funcionarial, pudiendo consolidarse además de éstas, las correspondientes al grado personal, ya que las restantes, complemento de destino y complemento específico, retribuyen las características o condiciones del puesto de trabajo en concreto que ocupe, acompañando a dicho puesto de trabajo, y no al Cuerpo o Escala de funcionario a que esté adscrito el citado puesto; y la productividad es una retribución simplemente discrecional.

Como antes señalábamos, muy recientemente, hemos visto cómo a través de la Ley 22/93 de 29 de diciembre de “Medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo”, empieza a tambalearse este pilar de la relación estatutaria del funcionario público, que es “el derecho al cargo”, o, como dice la propia Ley en su exposición de motivos: “la estabilidad en el empleo” (expresión, más propia del ámbito laboral que del funcionarial), debido a que la nueva Ley introduce unas figuras nuevas en el Estatuto Funcionarial: expectativa de destino, exce-

CONCEPTO DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL

Para fijar este concepto jurídico indeterminado lo haremos conjugando los criterios utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas con anterioridad a la reforma de la Ley 10/92 sobre qué debe entenderse por cuestiones de personal, y a qué personas se refiere.

En primer lugar, debemos destacar que el Tribunal Supremo ha interpretado la expresión “personal” en un sentido amplio, así vemos que dicha expresión no se refiere solamente a los funcionarios de carrera, sino que abarca también a los funcionarios interinos, eventuales o contratados, así como a los que pasan a la situación de excedencia o servicios especiales, suspensión de funciones o a los jubilados o retirados; al personal laboral al servicio de la Administración Pública o de particulares, cuando impugnan actos administrativos sujetos al Derecho administrativo (art. 3.º de la Ley de Procedimiento Laboral), afectando incluso a aquellos que pretenden acceder a la función pública (STS Sala 3ª de 17.11.86) bien en calidad de funcionarios, o bien como personal laboral, aplicando en este último caso, la doctrina de los actos separados, de tal forma que es competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el procedimiento selectivo previo a la formalización del contrato de trabajo, y una vez constituida la relación laboral será ya competente la jurisdicción social, en este sentido la STS. Sala 4ª de 21 de julio de 1992, en la que con respecto a la impugnación de convocatorias de selección de personal laboral en la Administración Pública se afirma:

“No es discutible que estamos ante una materia laboral, pues las plazas que se convocan tienen ese carácter. Pero la materia sobre la que versa la actuación de la Administración no resulta decisiva a este respecto ya que hay que atender al carácter del acto y a la naturaleza de su regulación... aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo público en términos fijados por la Ley (art. 18 Ley 30/84 de 2 de agosto) y dirigida en principio a todos los ciudadanos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A diferencia del régimen laboral en el que el principio es la libertad de contratación del empresario... la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad

administrativa. Se trata, por tanto, de actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo”.

Por otro lado, la expresión “personal al servicio de la Administración Pública”, comprende no sólo al personal al servicio de la Administración del Estado, civil y militar, central, periférica, consultiva o fiscalizadora; personal al servicio de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y Organismos Autónomos, sino también al funcionariado al servicio de Instituciones varias, como por ejemplo del Defensor del Pueblo o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Universidades, etc.

Según el Tribunal Supremo (Ss. Sala 3ª de 14 de octubre y 10 de noviembre de 1986, 8 de mayo de 1987, 20 de enero, 15 de febrero, 16 de mayo y 7 de julio de 1988, de 6 de mayo de 1989, etc...) las “cuestiones de personal” abarcan todo lo relacionado con el nacimiento, permanencia, desempeño o extinción de la relación estatutaria funcionarial, cualquiera que sea la situación del interesado, alcanzando incluso a las pruebas de acceso a tal función y condición.

Y así, conforme enumera el Magistrado José Luis Gil Ibáñez, se han considerado cuestiones de personal entre otras las siguientes:

— **Convocatorias de concursos, oposiciones u otras pruebas selectivas para la provisión de vacantes en Cuerpos de funcionarios** (Ss. Sala 5ª de 1 de marzo de 1985, 10 y 17 de noviembre de 1986, 21 de marzo de 1988, ó 31 de enero de 1989, Sala 3ª de 22 de abril y 1 de octubre de 1988, de 25 de octubre de 1989, 27 de marzo y 17 de octubre de 1989, 19 de marzo de 1990, etc.). **Tanto en supuestos de nuevo ingreso, como de promoción interna, como de traslado, así como sus bases de concurso y aplicación de las mismas** (Ss. Sala 3ª de 5 de noviembre de 1984 ó 12 de junio de 1985, de 8 de noviembre de 1989, 16 de marzo y 24 de mayo de 1990, etc.);

— **Clasificación o calificación profesional** (Ss. Sala 3ª de 20 de noviembre y 26 de octubre de 1984, entre otras; Sala 5ª de 1 de diciembre de 1987, 24 de febrero y 24 de noviembre de 1988);

— **Ascensos** (Ss. Sala 3ª de 31 de enero de 1985, 29 de mayo de 1990);

— **Clases pasivas** (Ss. Sala 5ª de 7 de julio, 8 y 11 de octubre y 31 de diciembre de 1984, 19 de mayo de 1987 ó 9 de diciembre de 1988, 6 de mayo de 1989, 5 de abril y 10 de mayo de 1990, etc.);

— **Retribuciones** (Ss. 11 de abril de 1986; Sala 5ª de 11 de noviembre y 24 de diciembre de 1986, 17 de marzo de 1987, 4 y 16 de marzo de 1988, 3 de enero de 1989; Sala 3ª sección 2ª de 15 de diciembre de 1989, 24 de enero, 30 de marzo, 5 y 20 de abril y 31 de mayo de 1990, entre otras);

— **Integración en otros cuerpos funcionariales** (Ss. Sala 5ª de 23 de abril de 1986, o Sala 3ª sección 2ª de 8 de febrero de 1990);

— **Asistencias o bajas a cursos** (Ss. Sala 5ª de 1 de diciembre de 1986, entre otras);

— **Sanciones disciplinarias** (Ss. Sala 5ª de 4 de noviembre y 18 de diciembre de 1986; y 2 de febrero de 1987; Sala 3ª sección 2ª de 5 de abril, 10 de mayo y 1 de junio de 1990, etc., sentencia 35/90 de 1 de marzo);

— **Jornada y horario laboral** (Ss. Sala 5ª de 29 de junio de 1987 ó 15 de febrero de 1988);

— **Escalafonamiento** (sentencia entre otras, Sala 5ª de 22 de octubre de 1988);

— **Nombramientos y ceses** (sentencias Sala 3ª sección 2ª de 5 y 23 de junio de 1989, etc.);

— **Situaciones** (Ss. Sala 3ª sección 2ª de 22 de noviembre de 1989, 7 de febrero, 2 y 20 de marzo de 1990);

— **Incompatibilidades** (Ss. Sala 3ª sección 2ª de 13 de febrero y 1 de junio de 1990, etc.), etc...

Según la doctrina del T.S. lo que va a determinar si estamos o no ante una cuestión de personal, y por tanto si es posible recurrir contra la sentencia que se dicte en primera instancia, no va a ser el procedimiento por el que se ha tramitado (bien el especial de personal o el ordinario) o la cualidad de la parte que lo haya promovido (bien un funcionario, bien un Sindicato, bien la propia Administración), sino la naturaleza de la materia debatida en el proceso. Y, en este sentido, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Tercera Sección 7ª de 23 de junio de 1993 que declaró la inadmisibilidad del *recurso de apelación* por tratarse de una cuestión de personal, a pesar de haberse intentado contra la sentencia dictada en primera instancia en un recurso promovido por el Gobernador Civil al amparo del art. 65 de la L.R.B.R.L. 7/1985 a través del Abogado del Estado, contra el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento, sobre integración de funcionarios en la subescala administrativa, con el siguiente razonamiento:

“Pues la naturaleza objetiva de la cuestión sobre la que se litiga es independiente del cauce procedimental por el que se sustancia la pretensión, a lo que debe añadirse que la inapelabilidad de las cuestiones de personal viene impuesta por la ley en razón exclusiva de la naturaleza de la cuestión y abstracción hecha, por tanto,

del procedimiento seguido y de quien sea el recurrente, por lo que debemos declarar mal admitida la presente apelación, apartándonos así de algún antecedente jurisdiccional que ha considerado apelable en todo caso la sentencia dictada en recurso interpuesto por el Abogado del Estado conforme el art. 65 de la Ley 7/85”.

REGULACIÓN DE LAS CUESTIONES DE PERSONAL EN LA LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956

Con anterioridad a la Ley del año 1956, las cuestiones de personal se veían a través del denominado **Recurso de Agravios** (Ley 18 de marzo de 1944), del que conocía el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado, excepción hecha de las resoluciones que implicaban la separación de funcionarios inamovibles, lo que suponía una quiebra del principio de exclusividad de la jurisdicción, entre tantas existentes en aquella época.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, supuso para la cuestiones de personal —hurtadas a la jurisdicción en mayor o menor medida en la historia de nuestra legislación procesal administrativa—, volver al sistema tradicional, atribuyendo el conocimiento de los recursos de esta materia, como en todas las demás administrativas, a la Jurisdicción (exposición de motivos de la misma), estableciendo para ello un procedimiento especial regulado en sus arts. 113 a 117, que no es más que el procedimiento ordinario, pero abreviado, con plazos más cortos —quince días para formalizar la demanda, y diez días para dictar sentencia desde la contestación a la demanda o término del período de prueba en su caso—, inexistencia de los trámites de alegaciones previas y de la vista o conclusiones, además de la dispensa del requisito de postulación procesal; justificada esta última, en la suposición legal del conocimiento de los funcionarios del Derecho aplicable por los Tribunales, que ha sido considerada por el Magistrado Jesús Peces Morate ingenua y poco realista: “*por lo que más de un pleito se habrá perdido injustamente, a pesar del principio iura novit curia debido a tan poco realista presunción, ello sin contar con que la principal tarea de un buen abogado antes de ganar el pleito es ilustrar al juez. A pesar de la sinrazón de tal singularidad en cuanto a postulación procesal, el art. 21.3 del Anteproyecto de 1986 comparte aquella ilógica presunción*”.

Pese a que tras la aprobación de nuestra Carta Magna, se alzaron voces proclamando la posible inconstitucionalidad de este procedimiento especial en materia de personal, por su pretendida colisión con el art. 14 de la C.E.;

este procedimiento especial superó con éxito su examen de constitucionalidad, y el Tribunal Constitucional en su sentencia 90/1984 de 5 de octubre, declaró que era conforme con la Constitución, y que no se vulneraba el derecho a la igualdad por la supresión de ciertos trámites procesales, puesto que ello estaba justificado por el interés público de que estas cuestiones se resuelvan con mayor rapidez, y que no se vulneraba el derecho de defensa por la omisión del trámite de conclusiones, dado que el procedimiento asegura suficientemente el respeto del derecho de contradicción y de igualdad entre las partes (en el mismo sentido STC 93/84 de 16 de octubre). Posteriormente la sentencia 201/1987 de 16 de diciembre del Tribunal Constitucional, matizó que cuando en la contestación a la demanda se exceptionara una posible causa de inadmisibilidad, habida cuenta de la inexistencia de otro trámite de alegaciones en este proceso especial, se le debe otorgar audiencia al actor respecto a cualquier motivo de inadmisión alegado por el demandado o coadyuvante.

Si bien es cierto que en la práctica, debido a la masificación de asuntos en los Tribunales Contencioso Administrativos, ni se aprecia que se resuelvan con mayor rapidez los procedimientos de personal que los ordinarios, ni se suele dar este trámite posterior a la demanda de audiencia al actor, del que habla el Tribunal Constitucional.

Pero, no obstante, es de destacar que en el Anteproyecto de 1986 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se establecía en su art. 136, la posibilidad al órgano judicial de acordar la celebración de vista o la presentación de conclusiones escritas cuando hubiera sido desarrollada alguna actividad probatoria. Previsión que el legislador no ha considerado oportuno adicionar al procedimiento especial de personal, con ocasión de la reforma operada por la Ley 10/92 de 30 de abril.

El art. 94.1.a) excluía del recurso de apelación ante el Tribunal Supremo "*Las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares*". Estableciendo a continuación la excepción de la excepción: "*excepto los casos de separación de empleados públicos inamovibles*". Y en su núm. 2 establecía: "*serán siempre apelables las sentencias que versen sobre desviación de poder*", y además las impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

En el artículo 101 se establecía el recurso en Interés de la Ley, para el que sólo estaba legitimado el Abogado del Estado, y que cabía contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Audiencias Territoriales no susceptibles de apelación ordinaria, cuando se estimaba gravemente dañosa y errónea la resolución dictada. La sentencia

que se dictaba fijaba la doctrina legal, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurría.

Pero, al mismo tiempo, el art. 102.1.b) permitía el acceso al Tribunal Supremo a través del recurso extraordinario de revisión “*cuando las Salas de lo Contencioso-Administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llegue a pronunciamientos distintos*”, sin que se excluyera del mismo materia alguna. El Tribunal Supremo revisaba la sentencia comparándola con la contradictoria, fijaba cuál de ellas había seguido la doctrina correcta y en su caso revocaba la recurrida. Con ello, se unificaba la doctrina, se garantizaba la seguridad jurídica, y se evitaba ese sentimiento de injusticia de ser desigualmente tratados en la aplicación de la misma norma legal —por otro lado, difícilmente comprensible para los que acceden a los Tribunales en busca de justicia—, que produce la existencia de sentencias contradictorias, dictadas por distintas Salas de lo Contencioso Administrativo o Secciones, en supuestos semejantes, a veces idénticos, y lo que es peor, a veces cuando se impugna el mismo acto administrativo, lo que no es inusual en esta Jurisdicción y concretamente en las cuestiones de personal, en las que a menudo un mismo acto administrativo afecta a una pluralidad de funcionarios a los que, en virtud del artículo 11.2, en relación con el artículo 10b) ambos de la LJCA, se les da la oportunidad de dirigirse a la Sala del lugar donde tenga su domicilio o donde se hubiere dictado el acto originario, surgiendo así la posibilidad de sentencias contradictorias.

Como señala el Magistrado José Luis Gil Ibáñez, en la revista núm. 27 de septiembre de 1992 del Poder Judicial: “Imaginemos una Orden Ministerial que dicta instrucciones en cuanto a las retribuciones de los funcionarios de un Ministerio; puede suceder, y de hecho así pasa, que la Orden misma sea impugnada directamente ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y los actos de aplicación ante las Salas de dicho orden jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Madrid, Cataluña, Galicia, Extremadura, Castilla-León, Canarias, Baleares, Navarra, etc., dictándose sentencias en todas ellas, que pueden coincidir o no, y no sólo en la fundamentación jurídica, sino, lo que es más importante, en sus partes dispositivas”.

Lo mismo puede ocurrir, y de hecho ocurre, en el caso de impugnación de las bases de una convocatoria o concurso de traslados a nivel nacional, o incluso autonómico, pues piénsese que hay Tribunales Superiores de Justicia, que tienen Salas en distintas provincias, así el de Andalucía en Sevilla, Granada y Málaga, el de Canarias en Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, y el de Castilla-León, que tiene Sala en Burgos y Valladolid.

Antes de la reforma de 1973, para la aplicación de este recurso extraordinario de revisión a través del apartado b) del núm. 1 del art. 102 de la Ley de 1956 —cuyo precedente lo encontramos en el art. 87.2 de la antigua Ley de 1888—, se exigía la estricta identidad del acto (González Pérez, RAP 42, año 1963). Es sin embargo, a raíz de la reforma de 1973, cuando se modifica el apartado b) del n° 1 del art. 102 de la Ley, y en este momento surge ya una doctrina que pretende garantizar la seguridad jurídica ante fallos que en atención a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales lleguen a pronunciamientos distintos. Se trata de conseguir la fijación de una doctrina correcta, eligiendo entre las dos interpretaciones posibles de la norma aquella que sea más adecuada al ordenamiento jurídico, sin que tenga que respetarse siempre como precedente la interpretación de la sentencia más antigua (González Pérez, “La cosa juzgada en lo Contencioso Administrativo”, RAP núm. 8 de 1952 y La Reforma de la J.C.A., Revista de Derecho Privado, enero 1973).

De esta forma, la nueva redacción dada en 1973 al art. 102 en el apartado b) del núm. 1 de la LJCA de 1956, permitió superar una jurisprudencia que identificaba el objeto del proceso con el acto administrativo, lo que significaba reducir la identidad del objeto a los casos de actos administrativos con destinatario múltiple; y la expresión “en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales” permitió que tales hechos, fundamentos y pretensiones no fueran idénticos, bastando con que fueran sustancialmente iguales. Se consagró así la función típica del Tribunal Supremo en la fijación de la uniformidad de la aplicación de la ley, cumpliéndose como ha recordado algún sector doctrinal (Toledo Jaudenes, J., REAP 36, de 1983) a través del apartado b) del núm. 1 del art. 102, la depuración por vía de recurso de revisión de las contradicciones en que pudieran incurrir las sentencias de las distintas Salas. A su lado complementándolo, estaba el recurso en Interés de la Ley, como instrumento de apelación extraordinaria en manos del Abogado del Estado, que tenía como finalidad exclusiva fijar la doctrina legal y el mantenimiento de inalterables efectos de la sentencia recurrida. Pero, que sin duda alguna cumplía su misión, toda vez que el apartamiento de los Tribunales inferiores de esta doctrina fijada por el Tribunal Supremo en Interés de la Ley, permitía al recurrente acudir a la vía de la revisión aportando como contradictoria la sentencia dictada en Interés de la Ley, aunque fuera cuestión de personal.

Por otro lado, en cuanto a la limitada vía de acceso al Tribunal Supremo a través del recurso de apelación ordinario, debemos destacar que, además de la admisión de la apelabilidad ante el Tribunal Supremo contra las sentencias que a pesar de ser cuestión de personal, versaban sobre “desvia-

ción de poder” (aunque en estos casos el Tribunal Supremo sólo podía entrar a conocer de este último) y contra las dictadas en impugnaciones indirectas contra disposiciones generales, el Tribunal Supremo dio una generosa interpretación a la excepción de la excepción “*excepto los casos de separación de empleados públicos inamovibles*” apoyándose en el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

Lo cierto es que basta ver el repertorio de jurisprudencia del Tribunal Supremo de las Salas de lo Contencioso Administrativo, para poder comprobar que no sólo tenían acceso al mismo las sentencias dictadas en materia disciplinaria con sanción de separación del servicio o cuando ésta provenía de una condena penal de inhabilitación definitiva, sino también cuando se pasaba a la situación de excedencia en un Cuerpo a consecuencia de la declaración de incompatibilidad entre dos puestos en el sector público (nunca entre uno público y uno privado), o en aquellos casos en que el funcionario por otras causas se viera apartado de un determinado cuerpo, aun cuando se le integrara en otro distinto; o en los casos de jubilación bien ordinaria o bien forzosa por incapacidad permanente; o de retiro, y sobre todo, las que más han predominado eran las sentencias relativas a los procesos selectivos de acceso a la función pública, incluida la promoción interna, a pesar de que sólo es aplicable a los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos, ya que su superación supone la excedencia en el Cuerpo de procedencia. En fin, el criterio determinante era el nacimiento o la extinción del vínculo funcional interpretado ampliamente. Con ello y habida cuenta que en muchas ocasiones, como en el caso de pruebas selectivas, se trataba de verdaderos “actos masa” a afectar a múltiples personas, el Tribunal Supremo cumplía una de sus principales misiones “crear doctrina jurisprudencial a través de sentencias reiteradas” orientando sobre las pautas a seguir a los Tribunales inferiores, al mismo tiempo que orientaba a los futuros recurrentes en situaciones iguales o análogas sobre el sentido de las resoluciones judiciales que podían esperar (principio de seguridad jurídica).

REFORMA OPERADA POR LA LEY 10/92 DE 30 DE ABRIL DE MEDIDAS URGENTES DE REFORMA PROCESAL

La Ley 10/92 de 30 de abril, “de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, Enjuiciamiento Civil-Enjuiciamiento Criminal-Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en su Exposición de Motivos, nos aclara cuál es el hilo conductor común de las reformas acometidas por la misma: “mayor rapidez y

eficacia en la impartición de la Administración de Justicia”, destacando con respecto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

“El recurso de casación en lo contencioso administrativo —importante novedad en nuestro ordenamiento—, que sin duda ofrece algunas importantes peculiaridades, se mantiene, sin embargo dentro de la línea típica de estas acciones de impugnación cuya finalidad básica es la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho... El recurso de casación para unificación de la doctrina se prevé para aquellos supuestos en que no siendo posible el recurso de casación ordinario, exista contradicción entre sentencias de los Tribunales o con la doctrina del propio Tribunal Supremo”.

Si embargo, no se hace alusión alguna al motivo o causa que justifica la exclusión de las cuestiones de personal en este último, cuando, sin embargo, también están excluidas del de casación ordinario, ¿podría pensarse en un olvido del legislador? ¿O es que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en aplicación de la ley ante sentencias contradictorias en esta materia se entiende que quedan suficientemente protegidos con el insatisfactorio recurso de casación en Interés de la Ley?

La Ley 10/92 de 30 de abril, da nueva redacción al Capítulo II del Título IV de la Ley de la Jurisdicción de 1956, dedicado a los Recursos, desapareciendo el recurso de apelación, el recurso en Interés de la Ley y el extraordinario de revisión, que vienen ahora a ser sustituidos por el Recurso de Casación ordinario, de Casación para Unificación de la Doctrina, de Casación en Interés de la Ley, y extraordinario de Revisión, regulando este último con la tradicional forma y motivos de la Revisión Civil.

La introducción legal del recurso de casación en el ámbito Contencioso Administrativo, la encontramos ya en la L.O.P.J. de 1985, que en su art. 58 en los apartados 2º, 3º y 4º, establece que el Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación que se interpongan contra sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y de los recursos de casación que establezca la Ley contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con actos y disposiciones de Comunidades Autónomas siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas. Esta previsión legal se demoró, sin embargo, en su eficacia, en aplicación de la Disposición transitoria trigésimocuarta, mientras no se aprobara la Ley de Demarcación y Planta Judicial,

al mismo tiempo que en su Disposición adicional primera abría el plazo de un año para que el Gobierno remitiera a las Cortes el Proyecto de Ley sobre la Reforma, entre otras, de la Legislación del proceso contencioso administrativo.

Dicha previsión no se cumplió, y entró en vigor la Ley de Demarcación y Planta Judicial, Ley 38/88 de 28 de diciembre, sin que fuera todavía posible acudir en casación ante el Tribunal Supremo; éste, en Autos de 20 y 22 de marzo de 1990 dictados ante la interposición de recurso de casación contra sendas resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se pronunció en el sentido de la inexistencia de tal recurso, hasta tanto fuera objeto de una regulación específica y además por la imposibilidad de acudir para la regulación de este recurso a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto supletoria, teniendo en cuenta la subsistencia, entonces, del recurso de apelación, así como que la regulación de la revisión contenida en la Ley Jurisdiccional de 1956 excluía la entrada de la casación por la vía de la disposición adicional sexta de dicha Ley, ya que, para que aquélla penetrase por ese cauce en el campo de lo contencioso administrativo, hubiera sido necesario entender que la Ley Jurisdiccional había sido modificada en este punto, en el sentido de eliminar los motivos casacionales de la revisión. Y dado que el art. 58.2 de la Ley de Demarcación y Planta salvaba la vigencia de la regulación del recurso de revisión contenida en el art. 102 de la Ley Jurisdiccional sin excepción alguna, esta subsistencia de los motivos tradicionales de la revisión en el campo de nuestro proceso administrativo, incluidos los casacionales, impedía la aplicabilidad de la casación prevista en la L.E. Civil, toda vez que el silencio de la Ley Jurisdiccional seguía siendo de exclusión.

La regulación específica a que hacía referencia el Tribunal Supremo en los anteriores Autos antes comentados, se producirá con la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992, que deroga las normas sobre apelación, que son sustituidas por la casación en sus tres modalidades y da nueva regulación al recurso de revisión.

La Ley 10/92, de 30 de abril, crea en el artículo 93 en su núm. 1, el recurso de casación ordinario ante el Tribunal Supremo contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y las dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. A continuación, en su núm. 2, se establecen las excepciones, entre las que se encuentran, como es tradicional en nuestro Derecho, las Cuestiones de Personal: *“salvo que, estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos”*. En su núm. 3 se mantiene siempre la posibilidad

del recurso de casación cuando se trate de impugnaciones indirectas contra Reglamentos, sin excluir ninguna materia. Y en su núm. 4, se prevé la casación contra las sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, cuando el recurso se funde en infracciones de normas no emanadas de los órganos de aquellas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia, *excluyendo aquellas que estén comprendidas en el número 2, entre las que se encuentran las "cuestiones de personal" en los términos que ya hemos transcrito.*

Se crea el art. 102.a), en el que se regula el recurso de casación para Unificación de la Doctrina que viene a sustituir y a cumplir la función del derogado art. 102.1 b) del antiguo recurso extraordinario de revisión, ahora ya sin la necesidad de que la sentencia tomada como referencia en el presunto agravio comparativo sea anterior, y, así, en su núm. 1 establece que serán recurribles en casación para unificación de la doctrina, las sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión. Señalando en su núm. 2 que sólo serán susceptibles de este recurso las sentencias que no sean susceptibles del recurso de casación ordinario, pero al final de su número 2, nos encontramos con una exclusión —que antes no había para el extraordinario de revisión del antiguo artículo 102.1.b)— *En ningún caso serán recurribles las sentencias... dictadas en cuestiones de personal.*

Se crea el art. 102.b) donde se regula el recurso de casación en Interés de la Ley, para cuya interposición sólo están legitimados, el Abogado del Estado, o las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, no susceptibles del recurso de casación, cuando se estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. La sentencia que se dicte en este recurso, no puede alterar la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida, sino lo que hace es fijar la doctrina legal.

Por último se crea el art. 102.c) en el que se regula el recurso extraordinario de revisión, que sólo es posible por los clásicos motivos de la revisión civil.

1. Recurso de casación ordinario.

Si examinamos el actual recurso de casación ordinario en relación con el derogado recurso de apelación ordinario, siempre refiriéndonos a las “cuestiones de Personal”, vemos que hay grandes diferencias, aunque de una primera lectura no lo parezca así, puesto que la redacción actual y la anterior es parecida. El antiguo art. 94.1 a) rezaba:

“No serán recurribles en apelación las sentencias que se refieran a *cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles*”. Declarando siempre la apelabilidad: “*las que versen sobre desviación de poder y las impugnaciones indirectas contra disposiciones generales*”.

El actual art. 93 después de declarar la posibilidad de casación ordinaria contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, además de la Audiencia Nacional, establece en su núm. 2:

“No serán recurribles en casación ordinaria, a) *Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública salvo que, estrictamente afecten a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos*”.

Se mantiene la viabilidad del recurso cuando se trate de impugnación indirecta de Reglamentos en el núm. 3. Y nos volvemos a encontrar con la anterior exclusión respecto de actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas en el núm. 4.

Lo primero que hay que señalar de la actual redacción del art. 93 es que la referencia que se hace a las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, debe entenderse, en este momento, aplicable a todas las sentencias, al no haberse constituido todavía los Juzgados Unipersonales de lo Contencioso-Administrativo, que prevé la Ley de Demarcación y Planta, y no habiéndose regulado tampoco ese recurso de apelación contra las sentencias que dicten dichos órganos, ni las materias a que pueda concretarse.

En cuanto al análisis de la exclusión de las cuestiones de personal, y la excepción de la excepción, es de destacar:

- Que por un lado ya no se excluyen las “cuestiones de personal al servicio de particulares”, con lo que ya tienen claramente acceso al Tribunal Supremo las cuestiones de personal referentes a expedien-

tes de regulación de empleo, la suspensión de contratos de trabajo por fuerza mayor o los derivados de reconversión industrial, etc., aunque ya los últimos criterios jurisprudenciales lo venían admitiendo a partir de la sentencia de 1 de julio de 1991.

- Que, por otro lado, se restringe todavía más, en relación con la regulación de la Ley de 1956, el acceso al Tribunal Supremo de las “Cuestiones de personal al servicio de la Administración”, puesto que ahora sólo será posible cuando *“estrictamente afecte a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos”*, con lo que hay que considerar eliminada, en principio, aquella doctrina jurisprudencial generosa, a que hicimos referencia en la apelación de las cuestiones de personal de la Ley de 1956, que equiparaba a la situación de separación de empleado público inamovible los supuestos de convocatorias y pruebas de acceso a la función pública (tanto para funcionarios como para laborales), los supuestos de promoción interna, de integraciones en otros cuerpos funcionariales o análogos que impliquen la excedencia en el cuerpo de procedencia, o los supuestos de incompatibilidades entre dos puestos en el sector público, que necesariamente obligan a la excedencia en uno de ellos.

Y en cuanto a la expresión de *“los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos”*, se plantea la duda de si hay que considerar como tales, además de los de carrera, a los interinos, eventuales o contratados. Lo cierto es que la regulación anterior referida al recurso de apelación tenía resuelto dicho problema en sentido negativo a la admisión de la apelación —Auto de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1989— en tanto en cuanto la excepción a la regla general de irrecurribilidad afectaba a los “empleados públicos inamovibles”, no reuniéndose la condición de inamovilidad por parte de los funcionarios interinos, eventuales o contratados, pues tal requisito por definición sólo es predicable de los funcionarios de carrera, conforme establece el art. 4 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964:

“Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldo o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”.

Sin embargo, con la regulación actual referida a los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos, compartimos la opinión del Magistrado

José Luis Gil Ibáñez (en Poder Judicial núm. 27 de septiembre de 1992) de que ha de entenderse comprendidos en esta expresión de “Funcionarios Públicos”, tanto a los de carrera, como a los interinos, eventuales o contratados, conforme el siguiente razonamiento:

“Una interpretación lógica de la Ley pudiera llevarnos a considerar que los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos sólo son los de carrera, pero a ello se oponen otros argumentos. En primer lugar, que la Ley ha suprimido la diferencia antes existente y no exige ya que los funcionarios sean inamovibles, debiendo recordarse que tienen la condición de funcionarios públicos los interinos, los eventuales y los contratados, cuyo régimen jurídico por lo demás, es semejante a los de carrera. En segundo lugar, porque la preocupación del legislador no parece ir dirigida tanto a la clase de funcionarios afectados como a que la materia cuyo acceso a la casación se impide venga referida al nacimiento del vínculo funcionarial. Es decir, la expresión “de los que ya tuvieran la condición de funcionarios públicos” parece que apoya o redundante la idea de que sólo las sentencias dictadas en cuestiones relativas a la extinción de la relación de servicio son recurribles en casación, volviendo a excluir las que versen sobre los temas del nacimiento de la relación funcionarial que, evidentemente, no afectan a los que no tienen todavía la condición de funcionario público. De esta forma, llegamos a la conclusión de que la excepción a la excepción del acceso al recurso de casación afecta a las resoluciones judiciales dictadas en cuestiones de personal que estrictamente afectan a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos, independientemente de que los mismos sean de carrera, interinos, eventuales o contratados”.

Como señala Víctor Moreno Catena (Derecho Procesal Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia 1993), la respuesta de la Ley 10/92 a la interpretación jurisprudencial extensiva de la admisión del recurso de apelación, ha sido reducir los supuestos en que cabe recurso de casación, que ahora ya sólo cabe cuando afecte estrictamente a la extinción de la relación de servicio, bien por jubilación, retiro, sanción disciplinaria de separación del servicio o por otra causa.

Desde nuestro punto de vista, esto supone un paso atrás, al impedir lo que debería ser la más alta misión del Tribunal Supremo, que no es otra que llevar a cabo una aplicación e interpretación de las fuentes o del ordenamiento con “unidad de criterio”, y con ello dar lugar a la “evolución unitaria de

las normas” y su adaptación a una realidad social siempre cambiante (O’Callagan).

Con la nueva Ley, el legislador, ha optado por tomar un camino diametralmente opuesto a la línea seguida por la Jurisprudencia hasta ahora, en cuanto la extensión de los casos en que eran apelables los procedimientos de personal, y que se apoyaba en el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución, siendo el “nacimiento” —que ahora el legislador ha suprimido rotundamente— o “la extinción” —que el legislador ahora ha reducido a su estricto significado— del vínculo funcional en un sentido amplio, los elementos determinantes para que entrara en juego o no, la excepción a la regla general de firmeza de las sentencias dictadas en cuestiones de personal. Pues como había venido manifestando el Tribunal Supremo (sentencia Sala 5ª de 24 de enero de 1989), el fundamento de la excepción a la inapelabilidad de las cuestiones de personal de la normativa anterior —ahora modificada por la Ley 10/1992 de 30 de abril—, se encontraba en la voluntad de la Ley de no sustraer al conocimiento del Tribunal Supremo aquellos temas que, aun siendo de personal, revestían una especial gravedad por estar en juego el mantenimiento o la extinción de la relación de servicio, afectando a intereses que por su importancia, tanto para el funcionario como para la Administración, demandan un tratamiento procesal que hiciera posible el agotamiento de las instancias judiciales.

En este orden de intereses generales, ya Víctor Moreno Catena ha anunciado que “la prohibición de la Ley 10/92 de 30 de abril, de acceder a la casación en cuestiones de personal, *puede generar graves disfunciones para la Administración*, si se llega a encontrar con resoluciones contradictorias en las distintas Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia sobre un mismo acto administrativo (señaladamente en materia de acceso a la función pública a través de oposiciones convocadas y celebradas en todo el territorio nacional o de concursos de traslados o de ascensos), porque, al estar vedado también el acceso a la casación para la unificación de doctrina (nuevo art. 102.a.2, 2º párrafo de la L.J.C.A.), *la Administración Pública queda inerte*”.

La nueva Ley 10/92, de 30 de abril, omite cualquier referencia a la anterior posibilidad de recurrir las sentencias que versen sobre “desviación de poder”. Por lo que no cabe otra conclusión que aunque la demanda se fundamente en una presunta desviación de poder, y la sentencia así lo estime, si se trata de una cuestión de personal, no cabe contra la misma recurso alguno, excepto si da lugar a la extinción de la relación de servicio funcional (y ello, a pesar de que ha sido precisamente en esta materia —traslados arbitrarios de funcionarios, por ejemplo—, en una de las cuales se ha apreciado

algún éxito de tal figura, dentro de un general resultado desalentador y uso escaso de la misma).

Como ya indicábamos antes, las impugnaciones indirectas contra Reglamentos, aunque sean de personal, continúan teniendo acceso al Tribunal Supremo, ahora a través de la casación ordinaria; encontrándose su fundamento en la supuesta ilegalidad de una disposición de carácter general aplicada por la Administración, abstracción hecha de la materia sobre la que recaiga (sentencia de 14.1.1992, Sala 3ª). Con ello, se mantiene la finalidad que parece se perseguía con anterioridad, y que no era otra, sino centralizar en el Tribunal Supremo el control del ejercicio de la potestad reglamentaria (García de Enterría/T. Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, 3ª ed. de Civitas).

Cuando se trate de actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas relativas a cuestiones de personal, rige igualmente el criterio de la irrecurribilidad. Pero entendemos que cuando se trate de impugnaciones indirectas contra Reglamentos relativos a personal, cabe recurso de casación, cuando, aun siendo autonómico, se trate de la transcripción de una norma básica estatal, o la aplicación de un reglamento estatal. Pero que, cuando la Comunidad Autónoma haya desarrollado efectivamente la norma básica estatal, aportando contenidos diferentes, no procederá el recurso de casación, al constituir los Tribunales Superiores de Justicia el órgano jurisdiccional superior en lo que se refiere a los actos y disposiciones de los órganos de la Comunidad Autónoma, conforme el sentido del art. 152.1 de la Constitución Española.

2. Recurso de casación para unificación de la doctrina.

Como señala la exposición de motivos de la Ley 10/92 de 30 de abril, y afirma Calamandrei, una de las dos finalidades clásicas del recurso de casación, junto con la nomofiláctica (defensa de la norma, del derecho objetivo), es la función uniformadora, que permite conseguir una interpretación y aplicación de las normas jurídicas tal que se perciban y resulten semejantes en todo el territorio nacional.

Se preservan de este modo dos principios básicos del ordenamiento, que han tenido acogida constitucional: por un lado el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) que garantiza una determinada respuesta del ordenamiento ante una concreta situación jurídica, y por otra parte, el principio de igualdad (art. 14 C.E.) que garantiza un trato igual para todos los ciudadanos en la misma situación (Víctor Moreno Catena).

Hasta la nueva Ley, si bien no existía el recurso de casación para unificación de la doctrina, una de las causas de recurso extraordinario de revisión era la prevista en el art. 102.1.b) de la anterior Ley, que daba acogida a la contradicción entre sentencias dictadas por distintas Salas de lo Contencioso Administrativo que fueran contrarias entre sí o con alguna del Tribunal Supremo. A través de esta vía de revisión el Tribunal Supremo fijaba cuál era la doctrina jurisprudencial que debía prevalecer y consecuentemente anulaba la sentencia impugnada si la contradecía. Garantizando así la uniforme interpretación del derecho objetivo, evitando la dispersión de la jurisprudencia y salvaguardando la pureza de la jurisprudencia existente. Y lo que es más importante, como el propio Tribunal Supremo ha señalado en su sentencia de 8.10.90:

“... sobre todo el T.S. ha de garantizar la seguridad jurídica de los litigantes, que no se pueden ver sorprendidos por resoluciones contradictorias; es necesario proteger la confianza de los litigantes en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas”.

La nueva Ley 10/92 de 30 de abril, introduce el recurso de casación para unificación de la doctrina, que viene a cumplir la misma función que ya venía desempeñando el recurso de revisión por la vía del antiguo artículo 102.1.b), del que es heredero.

Sin embargo, vuelve a suponer para las cuestiones de personal, un paso atrás con respecto a la legislación que deroga, puesto que cierra el acceso al mismo a las cuestiones de personal que como hemos visto tampoco tienen acceso a la casación ordinaria, lo que no ocurría antes; puesto que el art. 102.1.b) de la antigua ley no excluía las cuestiones de personal, y fue precisamente ésta la vía principal de elaboración, protección, evolución y unificación de la jurisprudencia en esta materia.

Como es evidente, el resultado práctico de tal medida, junto con la reducción de la posibilidad de acudir a la casación ordinaria, no es otro que imposibilitar la creación de una jurisprudencia en esta materia, y de una línea uniforme de interpretación y aplicación del derecho objetivo garantizado en última instancia por la intervención del Tribunal Supremo. Lo que implica que en materia de personal y debido a la nueva regulación, al no haber un control por el Tribunal Supremo sobre las sentencias contradictorias en cuestiones de personal emanadas de las distintas Salas, o incluso de las mismas Salas, de lo Contencioso-Administrativo, cada Sala puede tener su propio criterio en esta materia, sin posibilidad para el administrado de acceder a un Tribunal Superior que garantice una aplicación uniforme de la Ley, preser-

vando con ello dos principios constitucionales básicos, el de seguridad jurídica y el de igualdad en aplicación de la ley ante situaciones iguales. Y tampoco va a existir una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de personal, acorde con el principio de igualdad, en los términos exigidos por el Tribunal Constitucional (SS. 161/89 y 200/89):

“El cambio de criterio en la interpretación de las normas por parte de los jueces y tribunales, es legítimo, contemplado desde la perspectiva del principio de igualdad, siempre que sea razonado, razonable y consistente, esto es, mantenido, una vez que se adopta, con un mínimo de continuidad; requisitos, todos ellos, que pueden resumirse en la exigencia que el cambio no sea arbitrario; y la modificación que significa sólo una ruptura ocasional en una línea mantenida, antes como después de la decisión divergente, ha de ser tachada necesariamente de arbitraria”.

En el futuro, no va a ser posible la existencia, ni por tanto la evolución de una “jurisprudencia” del Tribunal Supremo en esta materia que sea aplicable a todos los funcionarios españoles dependientes de la misma Administración del Estado, con independencia de cuál sea el territorio de la Comunidad Autónoma en la que se halle destinado. Por lo que los derechos funcionariales tendrán una u otra lectura según el Tribunal Superior de Justicia a que puedan acudir, y correlativamente el Ministerio de las Administraciones Públicas tendrá una política de personal, cambiante, dependiendo del lugar de destino de sus funcionarios.

Entendemos, junto con Víctor Moreno Catena, que el probable afán de impedir una excesiva sobrecarga de asuntos en la Sala 3ª del Tribunal Supremo, no puede justificar la regulación tan insatisfactoria del nuevo recurso de casación para unificación de la doctrina, dejando fuera un importantísimo número de resoluciones en materias de una enorme trascendencia, entre las que hay que destacar, las de personal, sobre las que va a resultar del todo imposible unificar o uniformar la doctrina jurisprudencial al respecto, por lo menos a instancia de los administrados.

En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado Jesús Cudero Blas, quien manifiesta: “La nueva regulación va a suponer, en la materia de personal, la ausencia en la práctica de criterios unitarios de enjuiciamiento y la posibilidad de sentencias contradictorias sobre idénticas cuestiones, sin que parezca haber interesado al legislador “unificar la doctrina” en relación con las cuestiones de personal no susceptible de casación ordinaria (que son, por otra parte, la inmensa mayoría de las de esta clase)”.

Igualmente, González Cuéllar en Derecho Procesal Administrativo, cuestiona en cuanto a su procedencia y constitucionalidad, las notorias limitaciones a la recurribilidad de las sentencias dictadas en materia de personal, opinando: “aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha reiterado que el art. 24.1 de la Constitución no impone al legislador la obligatoriedad de conceder el acceso a los recursos de todas las resoluciones judiciales, pues el derecho a los recursos constituye un derecho de configuración legal (excepción hecha del proceso penal), lo cierto es que la imposibilidad de recurrir las sentencias en materia de personal supone una pérdida de garantías, dificulta el logro de la uniformidad de la doctrina y sobrecarga de trabajo al Tribunal Constitucional”.

3. Recurso de casación en Interés de la Ley.

Como ya señalábamos anteriormente al exponer la nueva regulación de los recursos operada por la Ley 10/92 de 30 de abril, el recurso de casación en Interés de la Ley sólo cabe contra sentencias no susceptibles de casación, dictadas por las Salas de lo contencioso administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, estando sólo legitimados para recurrir el Abogado del Estado y Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, cuando estimen gravemente dañoso para el interés general y errónea la resolución dictada. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo no altera las situaciones jurídicas creadas por la sentencia recurrida.

Ello implica primero, que el funcionario recurrente no puede acudir a esta vía, y segundo que la única finalidad de este recurso de obtener una doctrina legal, deviene inoperante, puesto que es indiferente que los Tribunales sigan o no la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo, al dictar sentencia en estos recursos, cuando se trate de cuestiones de personal, dado que las sentencias de los Tribunales Superiores que se aparten de la misma, seguirán sin poder ser casadas o anuladas, y todo lo más será un recordatorio de los errores cometidos por todas y cada una de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, en materia de personal, sin que tampoco pueda ser modificada la situación jurídica erróneamente creada por estas sentencias.

Como ha dicho Serra, este recurso, por no ser un recurso, ni implicar casación, ni ser jurisdiccional, sólo puede encontrar justificación cuando en el proceso no existen otros mecanismos de defensa tanto del *ius constitutionis* como del *ius litigatoris*; sin embargo, es lo cierto que en el nuevo sistema de recursos del proceso administrativo hay instrumentos idóneos a tal fin.

Compartimos la tesis de Víctor Moreno Catena, a tenor de la cual, cuando el ordenamiento impide la impugnación de cualquier resolución, como ocurre en el orden administrativo con las sentencias dictadas en materia de personal, está asumiendo que el error en que pueda incurrir el órgano jurisdiccional no es revisable. Y la única vía para acabar con estas resoluciones erróneas, es no cerrar la vía a la casación ordinaria o cuanto menos el de unificación para la doctrina, en tales procedimientos.

Siendo totalmente insuficiente a efectos de evitar y corregir estas resoluciones erróneas, el recurso que estamos comentando; y ello, a pesar de lo que parece deducirse de la exposición de motivos de la nueva ley. Puesto que como hemos visto, tanto por la privilegiada legitimación para interponerlo, que lo hace parecer más que un recurso en interés de la ley, un recurso en interés de la Administración (Moreno Catena), así como por las causas que permiten acceder al mismo, y la imposibilidad de que el funcionario intervenga a lo largo de su tramitación, no lo hacen instrumento revisor útil para el funcionario que instó la tutela judicial y que tiene que conformarse con la resolución recaída en única instancia, aunque sea errónea, y lo que es más difícil de comprender desde el punto de vista del funcionariado, aunque posteriormente, en la resolución de un recurso en Interés de la Ley, el Tribunal Supremo declare que la resolución que le perjudicó en sus derechos era errónea.

Si bien, siendo realistas, y a tenor de las experiencias vividas con el anterior recurso de apelación en Interés de la Ley, es poco probable que la Abogacía del Estado utilice este recurso cuando se trate de sentencias dictadas en cuestiones de personal, sin que deje de ser llamativa la consideración de este tipo de cuestiones como domésticas y de poca trascendencia, cuando lo cierto es que constituyen uno de los capítulos cuantitativamente más importante de la actividad de los Tribunales del Orden Administrativo. Sin olvidar que las sentencias que recaen en estos procedimientos afectan a aspectos tan importantes como el lugar de trabajo, cuantía de las retribuciones, carrera profesional, etc. de los funcionarios y que cuando estos temas son debatidos y resueltos por los Tribunales de lo Social para los trabajadores de ámbito privado, se dota al sistema de un procedimiento más ágil y casi sin excepciones para acudir a una instancia revisora.

Por lo que en resumen, las limitaciones impuestas a este recurso, tanto en el aspecto de la legitimación de las causas para recurrir, de la inalterabilidad de las situaciones jurídicas creadas con la sentencia impugnada, y de la imposibilidad de casar las sentencias de los Tribunales inferiores que contradigan la doctrina establecida por el Tribunal Supremo al resolverlo, no permiten albergar esperanzas para la unificación de la doctrina jurisprudencial en materia de personal.

SITUACIÓN ACTUAL QUE HA GENERADO LA NUEVA REGULACIÓN

En el transcurso de poco más de año y medio que lleva en vigor la nueva Ley, las situaciones jurídicas que se están creando en materia de personal no pueden ser más desalentadoras ante la existencia de declaraciones contradictorias dictadas por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, e incluso por las distintas Salas de lo Contencioso del mismo Tribunal Superior de Justicia (Canarias, Andalucía o Castilla-León), sobre derechos funcionariales ante la misma situación, fundamentos y pretensión, que están dando lugar a un sentimiento y frustración, de pérdida de confianza del funcionario en la Administración de Justicia que se espera de los jueces y tribunales, al mismo tiempo que una disfunción en la propia Administración con respecto al personal a su servicio, que se encuentra desorientada igualmente, ante la ejecución de sentencias contradictorias que afectan al mismo personal.

Así vemos la desorientación de la Administración, que se refleja en la contestación de 9.9.93 del Defensor del Pueblo a la queja presentada a consecuencia de las distintas sentencias, contradictorias, que se están produciendo con respecto a un colectivo de 6.025 funcionarios del O.A. de Correos y Telégrafos, que fueron integrados en el Cuerpo Ejecutivo con efectos de 23 de septiembre de 1989 en cumplimiento del RD. 1.031/86 de 26 de mayo, y cuya pretensión consistía en todos los recursos interpuestos, que se retrotrajeran los efectos de dicha integración al 23 de septiembre de 1986 fundamentándolo que ésa era la fecha en que el R.D. 1.031/86 entró en vigor. Como señala el Defensor del Pueblo, hasta el 9.9.93 se habían dictado 25 sentencias que afectan a 782 funcionarios de los 6.025 integrados, de las cuales 14 —las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, Madrid y Comunidad Valenciana— estiman la pretensión de los recurrentes, habiéndose cumplido ya por el Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos, 13 de ellas. Siendo las restantes 11 sentencias desestimatorias de la pretensión, provenientes de la Audiencia Nacional y Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ello tiene como consecuencia práctica que un colectivo de funcionarios, adscritos a una misma Administración, y que se han integrado por una misma norma y en aplicación de dicha norma, por la misma resolución, van a tener por virtud de estas sentencias contradictorias una antigüedad distinta en el Cuerpo en que se les integró, reconociéndoseles tres años más de antigüedad con abono de diferencias retributivas por dicho período a los funcionarios que tuvieron la suerte de estar destinados en el momento de interponer el recurso en el territorio de competencia jurisdiccional de los Tribunales Superiores de Jus-

ticia, de Madrid, Valencia y Galicia; este beneficio, se incrementa para los agraciados por el fallo de las sentencias favorables, habida cuenta que para la progresión de su carrera administrativa, se va a computar la antigüedad en el cuerpo, como mérito en los futuros concursos de provisión de puestos de trabajo; y correlativamente implica un mayor perjuicio para los que no tuvieron “la suerte” de obtener una sentencia favorable. Y si bien es cierto, que al principio, el O.A. de Correos y Telégrafos, al recibir las primeras sentencias favorables, se planteó la posibilidad de extenderlas a los 6.025 funcionarios integrados, no es menos cierto, y por otro lado comprensible, que ante el elevado coste económico que ello suponía, y la arribada de sentencias desfavorables, tras consultar los servicios jurídicos del Estado, optó simplemente por reconocer dicha antigüedad sólo a quienes los Tribunales de Justicia se la reconocieran por sentencia. Posteriormente, en el Boletín Oficial de Comunicaciones de 15 de febrero de 1994, se ha publicado la ejecución de otras 23 sentencias favorables, dictadas en este mismo asunto, por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Algo similar está ocurriendo en el Ministerio de Defensa con su personal militar, los cuales están interponiendo recursos contencioso-administrativos ante los distintos T.S.J. del lugar de su destino, en reclamación del abono de los trienios en la cuantía correspondiente al empleo militar que desempeñaban en el momento de la reclamación, y no al que desempeñaban cuando los perfeccionaron, basándose en la equiparación que las leyes les han hecho con los grupos y materia retributiva de los Funcionarios Civiles del Estado, y en la Ley de Presupuestos Generales para 1989. Hasta este momento, que nosotros conozcamos, se han dictado siete sentencias, de las que cinco han sido desestimatorias (las de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Madrid, Castilla-León, Andalucía y Murcia) y dos estimatorias dictadas ambas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas, cuya ejecución por la Administración se ha publicado ya en el B.O.E. Y, si bien en este caso, tenemos conocimiento de que por la Abogacía del Estado se ha presentado recurso de casación en Interés de la Ley, el valor de la sentencia que pueda dictar el Tribunal Supremo va a ser, como ya hemos observado, el de una mera declaración programática, al no ser casable las contradictorias que en el futuro puedan dictar los diversos Tribunales Superiores de Justicia, y puesto que no afecta a las situaciones de desigualdad retributiva creada por las sentencias contradictorias que han motivado el recurso de casación en Interés de la Ley.

Lo mismo se puede decir de las impugnaciones de las pruebas selectivas para Maestros convocadas en 1991 al amparo de la Disposición Transitoria quinta 2 de la L.O.G.S.E. 1/1990. Convocatorias, realizadas por la Admi-

nistración Central para el territorio nacional competencia del M.E.C., y por las Comunidades Autónomas con competencia plena en materia educativa, que se limitaron a transcribir exactamente la del Estado. En este último caso se encontraba, entre otras, Canarias. Ante el T.S.J. de Canarias, y contra la Orden que publica la relación de aprobados en las pruebas selectivas para Maestros convocadas en 1991 cuestionando la legalidad de la base de la convocatoria que permitía para aprobar en la fase de oposición, sumar a los puntos obtenidos en el examen, los de expediente académico, se interpusieron dos recursos ordinarios ante la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, y uno ante la de Santa Cruz de Tenerife. La Sala de Las Palmas dictó sentencias núms. 203 y 204 el 31 de marzo de 1993 estimatorias. Y la Sala de Tenerife dictó sentencia número 284 el 27 de abril del mismo año, desestimándolo. Habida cuenta que la Orden por la que se declara los que han superado el proceso selectivo, **era la misma** para toda la Comunidad Autónoma, la Administración Autonómica se encuentra con tres sentencias de imposible ejecución por contradictorias, puesto que, dos anulan la lista de aprobados expulsando de ella a determinadas personas y otra confirma íntegramente la misma lista de aprobados. Si bien nos consta que se ha intentado el recurso de casación; al amparo de la nueva regulación legal lo normal será que el Tribunal Supremo inadmita el mismo, puesto que no se está impugnando indirectamente un reglamento estatal, sino un acto administrativo en materia de personal dictado por la Comunidad Autónoma, y por tanto, la sentencia recaída está excluida de casación por el nuevo art. 93.4 de la Ley Jurisdiccional.

Éste no es el único caso en que las Salas de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria, mantienen posturas opuestas en cuanto a un mismo objeto rebatido. Baste recordar lo que ha venido ocurriendo con las pruebas selectivas para el Cuerpo Administrativo de la Comunidad Autónoma por el turno de promoción interna desde el año 1988, desde el que todas las convocatorias repiten una misma base, en la que se establece como mérito “historial profesional”, el desempeño de puestos de trabajo mediante nombramiento que no tenga carácter temporal. La Sala de Las Palmas viene manteniendo que no puede computarse dentro de este mérito el tiempo que un funcionario de carrera haya estado en un puesto de trabajo mediante adscripción provisional (sentencias 378/92, 379/92 y 856/93). Por su parte la Sala de Santa Cruz de Tenerife ante la misma cuestión mantiene la postura diametralmente opuesta y considera que dentro del mérito historial profesional debe computarse el tiempo que el funcionario de carrera haya estado ocupando un puesto de trabajo aunque sea mediante adscripción provisional (sentencia núm. 707/92). Como todas estas sentencias han sido dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/92 de

30 de abril, son todas firmes y contra las mismas no ha cabido recurso alguno. Por lo que ha sido imposible acudir a una instancia superior para que unifique criterios en esta cuestión tan controvertida, y que en esta Comunidad Autónoma tiene especial trascendencia por ser la adscripción provisional instrumento de uso habitual y generalizado por la propia Administración Autonómica para cubrir los puestos de trabajo, dándose el caso paradójico que desde hace varios años, los funcionarios que acaban de superar unas pruebas selectivas para acceso a la función pública autonómica, toman posesión en su primer puesto de trabajo en régimen de adscripción provisional.

Pese a que el Tribunal Constitucional no es una instancia revisora, ante la imposibilidad casi absoluta de acudir a una segunda instancia en los procedimientos de personal que ha supuesto la nueva regulación en esta materia, los funcionarios afectados por estas sentencias u otras análogas y, los que en el futuro se encuentren en situaciones similares, tienen como única vía para paliar una situación tan injustamente desigual, la de acudir al recurso de amparo constitucional, produciendo con ello una acumulación de asuntos y un notable incremento de trabajo del Tribunal Constitucional, tal como dice González Cuéllar, pero a tenor de la jurisprudencia emanada de dicho Alto Tribunal en relación con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales y su posible violación por sentencias contradictorias, la acumulación a que hace referencia el citado autor, se va a producir sólo hasta la fase de admisión, puesto que el T.C. está exigiendo para considerar infringido este derecho, entre otros, un requisito que ha de concurrir inexcusablemente para que el T.C. entre a dilucidar si ha habido o no la infracción invocada, cual es que las sentencias contradictorias emanen del mismo Juzgado si estamos ante un Órgano Judicial unipersonal y si se trata de Tribunales, que las sentencias emanen de la misma Sala y, si ésta está dividida en Secciones incluso de la misma Sección, abstracción hecha de las personas que las compongan (por todas la de la Sala 1ª del T.C. de fecha 20.9.1993 y la de 17.5.1993). Y no se olvide que en los casos expuestos, son sentencias dictadas por distintas Salas.

En cuanto a la posibilidad, ante estas situaciones, de acudir al amparo constitucional invocando la infracción del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por error del órgano judicial, también se ha manifestado ya el Tribunal entre otras en la sentencia de 12.11.1991 (Sala 2ª) a tenor de la cual:

“Conviene recordar en este sentido que según reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal, la selección de las normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, sin que sea competencia de este Tribunal una vez averada la

existencia de un pronunciamiento fundado en Derecho, la revisión de los criterios interpretativos utilizados por aquéllos, salvo en excepcionadísimos casos (por todas S.T.C. 90/90). Igualmente, este Tribunal ha insistido en que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial (por todas S.T.C. 50/88), no quedando, por tanto, comprendidas en aquél la reparación o rectificación de errores, equivocaciones, incorrecciones jurídicas o en definitiva injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas. En caso contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria”.

Por lo que también es muy difícil que esta vía tenga éxito, dado que habitualmente las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso de los T.S.J. suelen tener una amplia fundamentación jurídica (errónea o no).

Por último, y pese a que entendemos que las situaciones que se están creando por virtud de sentencias contradictorias, contra las que la reforma introducida por la Ley 10/92, de 30 de abril nos ha dejado sin posibilidad alguna de recurso, atentan frontalmente contra el Principio de Seguridad Jurídica garantizado por el art. 9 de nuestra Constitución, tal infracción no es siquiera invocable por la vía del amparo constitucional por no tratarse la Seguridad Jurídica de uno de los derechos a que se refiere el art. 53.2 del mismo texto legal.

CONCLUSIONES

Como se manifiesta el Magistrado José Luis Gil Ibáñez: “... el nuevo sistema de recursos instaurado en el procedimiento contencioso administrativo impide, con carácter general, la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo en una materia como la referida a las cuestiones de personal, permitiendo esta labor únicamente por vía indirecta y limitada legitimación, ya que mientras el ciudadano ordinario se ve impedido totalmente de acudir a la más alta instancia judicial, la Administración a través del Abogado del Estado, y ciertas Entidades o Corporaciones sí pueden acceder a dicho Alto Tribunal a través del recurso de casación en Interés de la Ley. La conclusión no puede ser otra sino la insatisfactoria regulación que se ha producido respecto a este tema, con la consiguiente inseguridad jurídica que, entre otros efectos, se puede producir”.

Efectivamente, a la vista de todo lo expuesto, nos resulta incomprensible que la nueva Ley haya propiciado que en una materia con tanta trascendencia cuantitativa como lo es la de personal, sea prácticamente imposible que se forme Jurisprudencia, lo que ya está dando lugar a una enorme dispersión jurídica que perjudica tanto a la Administración como a los funcionarios. A la una porque, se ve obligada a cumplir sentencias contradictorias que dan lecturas diferentes a los mismos derechos invocados por unos funcionarios cuya vinculación con la Administración es la misma, y en otros casos se ve incapacitada para cumplir sentencias que además de contradictorias, afectan a los mismos funcionarios. A los otros, porque es descorazonador ver cómo ante un mismo acto y con invocación de una misma normativa, los Tribunales competentes, para conocer de su reclamación, les niegan lo que otros Tribunales conceden a funcionarios en su misma situación aunque con destino en distinto lugar del territorio nacional, e incluso como hemos visto en el caso de las sentencias contradictorias de las Salas de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, dentro de la misma Comunidad Autónoma, sin que en uno u otro caso puedan acudir a una instancia superior revisora. Tal situación, que desde el punto de vista técnico no puede ser calificada por menos que contraria a la Constitución que establece como valores supremos del ordenamiento jurídico entre otros los principios de justicia e igualdad, y en su art. 9 garantiza la Seguridad Jurídica, tiene, si cabe una más grave consecuencia en la realidad diaria apreciable por los que nos dedicamos al ejercicio del derecho que tenemos que contemplar impotentes cómo se va produciendo en estas personas una total pérdida de confianza en la Administración de Justicia. Situación ésta, que aunque aparentemente va a ser transitoria —como también lo iba a ser la espera de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, previstos en la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988— hasta tanto se promulgue la nueva y esperada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, creemos que debe ser paliada a la mayor brevedad posible, puesto que en el interin se están sacrificando los derechos de miles de ciudadanos, víctimas injustas de errores ajenos.

Para ello, entendemos que no cabe otra alternativa, que la modificación legislativa, bien producida por iniciativa del propio legislador, o bien inducida por el Tribunal Constitucional al resolver, estimándola, una posible cuestión de inconstitucionalidad de la ley. Puesto que, esperar que la Administración extienda de oficio los efectos de una sentencia declarativa de derechos, a funcionarios que se encuentren en idéntica situación, es hoy día una utopía, dado que la propia Administración está viendo cómo en breves espacios de tiempo los Tribunales se manifiestan en sentido diverso, e incluso diametralmente opuesto, ante una misma pretensión en idéntica situación.

Es de destacar en este sentido, que el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, en su discurso de solemne apertura del año judicial pronunciado el 15.9.93, se ha hecho eco de la importancia que tiene la unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo garante de los principios de igualdad y seguridad, y ha señalado como desviación del principio de seguridad jurídica las contradicciones procedentes del propio ámbito judicial, puesto que los Tribunales de Justicia, constituyen la última garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, y que sin tener esta garantía asegurada, no hay Constitución, no hay Estado de Derecho. Señalando más adelante en su discurso, que la última reforma procesal operada por la Ley 10/92 de 30 de abril, ha adoptado una serie de medidas encaminadas a atajar el constante incremento de recursos pendientes ante las Salas del Tribunal Supremo, lo que se ha conseguido, con limitaciones objetivas y modestamente, y pese a que el legislador ha arbitrado el recurso de casación para unificación de la doctrina, primero en el proceso laboral, y ahora en el administrativo, ***no le ha sacado todo el provecho que hubiera supuesto una franca apertura de posibilidades del examen de cualquier cuestión litigiosa cuando, a juicio del Tribunal Supremo, fuera necesario o conveniente para sentar líneas jurisprudenciales seguras que unificaran con carácter vinculante y frente al resto de los órganos jurisdiccionales, los criterios de aplicación de las Leyes.*** Para terminar su discurso haciendo una última reflexión sobre la necesidad de la reforma decidida, y si es preciso independiente de la casación, la reforma inaplazable del proceso administrativo, y de los procesos civiles y penales, como la necesidad más urgente de la justicia española, por delante de cualquier otra reforma sustantiva.