

A LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LA AUDIENCIA NACIONAL

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que por Ley ostenta, en el recurso contencioso administrativo referido, ante la Sala comparece y DICE:

Que le ha sido notificada la Sentencia de la Sala dictada en el recurso de referencia por la que se estima el mismo; y entendiendo que dicha Sentencia no se ajusta a Derecho, dicho sea con todas los respetos y en términos de defensa, manifiesta su intención de interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, conforme a lo dispuesto en los arts. 89 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 13 de Julio de 1998.

El presente escrito de preparación tiene su apoyo en la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN SEXTA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO.

Sin entrar por ahora en consideraciones de fondo sobre la errónea doctrina que subyace en la sentencia de referencia -como san la vinculación "sine limite" de un convenio colectivo, su supremacía en caso de colisión con la política económica y exterior del Gobierno, o con una ley, a la inaplicabilidad de ésta, por un órgano judicial, entre otras y que deberán ser objeto de un análisis pormenorizado en el momento de la interposición del recurso ante la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, conviene aquí discrepar y justificar la discrepancia de esta representación estatal con la afirmación contenida en la sentencia que recurrimos de que "contra la misma no cabe recurso alguno", entendiendo al parecer la Sala que la sentencia se refiere a una cuestión de personal, ya que coma tal fue tramitada.

A nuestro juicio, dicho sea respetuosamente, con tal pronunciamiento la Sala se aparta del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, ya que la sentencia de referencia es susceptible de recurso de casación ordinario en base a los siguientes fundamentos:

a) El acto administrativo recurrido trasciende a una mera cuestión de personal, inscribiéndose en el núcleo de la política económica general del Estado.

En efecto, y si bien es cierto que el régimen de retribuciones de los funcionarios públicos forma parte del contenido de la relación estatutaria, su trascendencia no se agota en la misma, sino que alcanza al núcleo mismo de la política general del Estado.

Tan es así, que estas retribuciones se integran en la materia presupuestaria, elemento definidor de esa política económica.

Por consiguiente, tal circunstancia determina que la cuestión resuelta por la Sentencia no pueda calificarse como asunto de personal al objeto de su inatacabilidad en casación, puesto que la cuestión debatida trasciende y desplaza dicha consideración para incidir de manera directa en la planificación general de la actividad económica española, en la defensa de los intereses generales cuya fijación y protección competen al Gobierno de la Nación (art. 149.1.13ª y art. 103.1 de la Constitución Española), así como en la defensa de la política

exterior (relaciones internacionales), cuya competencia exclusiva también le reconoce la Constitución (art. 149.13ª).

Esta circunstancia fue reiteradamente resaltada por esta Abogacía del Estado en nuestro escrito de contestación a la demanda, del que entresacamos, como prueba irrefutable, los siguientes párrafos:

"...Tal decisión (la congelación salarial) no fue un capricho de la Administración, sino que se inscribió dentro de la política de ajuste del "déficit" público que es necesario realizar..." (F.D. PRIMERO).

Más adelante, al referirnos al diálogo social, señalábamos que el mismo:

"... (estaba) limitado forzosamente por su obligación (de la Administración) de tutelar intereses generales prioritarios que exigían una moderación del déficit público" (F.D. TERCERO).

"... Lo acordado debería decaer ante la incidencia de unos factores prioritarios de interés general que han sobrevenido, como son los relativos a la necesidad de cumplir las exigencias de la convergencia europea, tal como han sido apreciadas por el Gobierno" (F.D. TERCERO).

Y de igual modo manifestábamos.

"... que un acuerdo con los empleados públicos... puede resultar inaplicable coyunturalmente de forma legítima porque el mismo produzca una lesión a los intereses generales mencionados..." (F.D. CUARTO).

Para concluir manifestando que:

"... el Gobierno no puede -por la existencia de compromisos previos soslayar un derecho irrenunciable a ejercer las competencias del Estado para determinar "la planificación general de la actividad económica", que le son conferidas por el art. 149.1.13 de la Constitución Española..." (F.D. QUINTO).

Tales afirmaciones, que ahora de nuevo reiteramos, ponen de manifiesto cómo y hasta qué punto el régimen de retribución de los funcionarios no puede -en contra de lo afirmada por la sentencia que recurrimos- quedar reducido a una mera cuestión de personal, sino que, antes al contrario, incide en la economía general del Estado y, por tanto, ese pronunciamiento es susceptible de ser recorrida en casación.

El acto en su día recurrido se engarza con compromisos asumidos por el Gobierno en el ejercicio de sus competencias en política exterior, es decir, en relaciones internacionales cuya competencia exclusiva tiene reconocimiento constitucional (art. 149.1.3ª), al objeto de dar cumplimiento a las exigencias del artículo 109-J del Tratado de la Unión Europea. A tales efectos, la política económica que España hubo de diseñar consistía básicamente en:

* Una **política monetaria** de marcado carácter restrictivo.

* Una **política fiscal** orientada a la reducción del déficit público.

Para conseguir reducir el déficit público y aproximarlos a los niveles establecidos en el Tratado de la Unión Europea, a lo largo de 1996 se tomaron medidas rigurosas de contención del gasto público; a mediados de ese año el Gobierno decidió la no disponibilidad de créditos presupuestarios por importe de 200.000 millones de pesetas, se aprobó la Ley 11/1996 de Medidas de Disciplina Presupuestaria, que reforzó la disciplina y el control en la ejecución presupuestaria y, a lo largo del último trimestre, se **elaboraron unos presupuestos Generales del Estado sumamente restrictivos en los que la congelación de los salarios de los funcionarios públicos fue un papel fundamental** y se acometió la reducción del tamaño de la Administración, limitando la oferta de empleo público durante 1997. Por último, se elevaron los impuestos especiales sobre el alcohol y el tabaco.

* Una activa **política de rentas**, instándose a los agentes sociales a iniciar una senda de moderación salarial constitutiva de una muestra de solidaridad tanto con los desempleados como con los funcionarios.

* Por último, un ambicioso **programa de reforma estructural**. Se trataba de que el lado de la oferta de la economía española reaccionase de forma eficiente, aumentando la capacidad de crecimiento potencial y disminuyendo, por tanto, las presiones sobre los precios. Las medidas tomadas se recogieron en cinco Reales Decretos Leyes de junio de 1996 y en la Ley 13/1996 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En suma, y como así se ha indicado, fácilmente puede apreciarse que el acto administrativo recurrido trasciende a una mera cuestión de personal, inscribiéndose en el núcleo de la política económica general del Estado.

Esta política económica viene definida por el impulso del Gobierno y se concreta definitivamente, mediante norma con rango de ley, por el depositario de la soberanía popular que son las Cortes Generales, norma que, sin embargo, la Sentencia que al presente se recurre niega su condición de acto legislativo.

Prueba de ello son las distintas manifestaciones de la recurrente a distintos medios de comunicación, en las que cuantifica los posibles efectos económicos de esta sentencia en una cifra cercana a los quinientos mil millones de pesetas, que por su sola virtud evidencia la trascendencia de este asunto para la economía general del Estado, superando ampliamente el ámbito propio de lo que constituyen las "cuestiones de personal" e insertándose plenamente como una cuestión de interés general.

La propia sentencia evidencia la trascendencia del asunto sometido a su consideración, desde el momento en que en diversos fundamentos jurídicos alude a cuestiones tales como las relaciones entre los diversos poderes del Estado, el alcance de la negociación colectiva, etc.

De otra parte, conviene recordar a tal fin la doctrina de nuestro propio Tribunal Constitucional cuando, en S.T.C. 237/1992 (F.J. 3), nos recuerda los efectos que las retribuciones de los funcionarios tienen en el cuadro económico general, al afirmar que:

"La regulación de las remuneraciones de los servidores públicos, aun cuando fragmentaria, con el establecimiento de un límite porcentual máximo para su

incremento, guarda la debida conexión con el contenido y la finalidad de la Ley Presupuestaria, desde el momento que dotan de sustancia a uno de sus capítulos más importantes cualitativa y cuantitativamente, incidiendo en el cuadro económico general".

En suma, la sentencia recurrida, en contra de lo manifestado por la Sala, es susceptible de recurso de casación ordinario y procede, en consecuencia, que la Sala admita y tenga por preparado el que mediante este escrito se formula.

b) La sentencia se refiere a un acto administrativo de carácter general y, en consecuencia, susceptible de ser recurrida en casación ordinaria.

La sentencia recurrida considera el acto administrativo recurrido, esto es, las manifestaciones que el Ministro para las Administraciones Públicas vertió en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, comunicando la decisión de la Administración de no incrementar la retribución de los funcionarios para el año 1997, constituye un verdadero acto plúrimo con destinatarios indeterminados y, por tanto, y al amparo del art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional, es susceptible de recurso de casación ordinario, como en casos análogos ha reconocido el propio Tribunal Supremo.

La Sala, al declarar la irrecurribilidad de la sentencia, no ha tenido en cuenta la reiteradísima jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al respecto, lo que debe determinar la admisión de nuestra pretensión de tener por preparado el recurso de casación que con éste escrito formularnos.

Y así, sin ánimo agotador de la jurisprudencia referida, podemos citar, entre otras muchas, a las siguientes resoluciones de nuestro Tribunal Supremo:

Auto 18 de Abril de 1994:

"La jurisprudencia de la Sala, al interpretar el art. 94.1 a) de la Ley de la jurisdicción (hoy art. 86.3), texto anterior a la Ley 10/1992, entendió que las decisiones generales de los entes locales sobre plantillas y retribuciones tenían una vocación normativa y de permanencia reguladora, que las hacía acreedoras a ser consideradas como disposiciones generales, en cuanto a la posibilidad procesal de ser revisadas jurisdiccionalmente en doble instancia".

La Sentencia de 26 de Febrero de 1997, que se refiere a una Orden Ministerial del Ministro de Sanidad y Consumo por la que se regula la integración del personal funcionario laboral fija de un determinado hospital, dice:

"Sin embargo, del examen de la Orden impregnada se desprende con certeza su carácter normativo y no de mero acto administrativo, lo que obliga a entender exceptuado el pleito de la regla de la única instancia... "

En auto de 20 de Diciembre de 1995, a propósito de una Orden del Ministerio de Justicia por la que se establecen normas que deben regir las convocatorias de concurso y pruebas selectivas de acceso a la función pública (Secretarios Judiciales), se afirma que:

"Al tratarse de una materia que afecta al ingreso en la función pública es obvio el carácter de personal que habla de darse al asunto. Pero a la vez, es igualmente claro que se está ante la impugnación directa de una disposición

general. De ahí que deba estarse al art. 93.3 de la Ley de esta jurisdicción (hoy art. 86.3)".

No cabe duda de que, en ninguno de los casos referidos, el acto recurrido puede considerarse desde el punto de vista formal como una disposición general, pero sin embargo, al dirigirse los mismos a una pluralidad de destinatarios, se acepta su recurribilidad en casación, según lo antes indicado.

Y así, dice el Auto de 25 de Noviembre de 1995 (RJ 1995/7633).

"El concepto de cuestiones de personal, utilizado en el art. 93.2 a) de la Ley Jurisdiccional (Hoy art. 86.3), como referente de la excepción al principio general de recurribilidad de las sentencias en casación, establecido en el apartado 1 del propio artículo, está indudablemente referido a cuestiones surgidas en el seno de una relación individualizada de empleo en la Administración, o ligada con los actos relacionados con su constitución o derivados de su extinción, siendo éste el sentido en que lo ha venido a entender una jurisprudencia constante de esta Sala".

Añadiendo la Sentencia de 28 de Mayo de 1996 (marginal 4653) que:

"...la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al interpretar el art. 94.1 a) de la Ley de la Jurisdicción (hoy art. 86 3), ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puesto de trabajo para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal, sin embargo se hayan considerado apelables las sentencias pronunciadas sobre los mismos, dándoles, así, desde el punto de vista estrictamente procesal, **el tratamiento propio de disposiciones generales, pero sin que por eso se haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella denominada vocación normativa, pero excluyendo que sean auténticos reglamentos**":

Pues bien, en el presente caso, es indudable que la resolución administrativa recurrida afecta a una pluralidad de destinatarios (nada menos que -en expresión de la propia sentencia- "al personal al Servicio de la Administración civil del Estado, de sus Organismos Autónomos, de la Administración de la Seguridad Social, y Entes Públicos representados en la Mesa General de Negociación") lo que determina - según la Sentencia de 28 de Mayo de 1996- su vocación normativa y, en consecuencia, la posibilidad del recurso de casación ordinario.

c) Se trata de un auténtico recurso indirecto contra la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1997.

Desde otra perspectiva., y para sostener este fundamento del recurso, debemos partir, de nuevo, del apartado 3 del art. 86 LJCA, el cual establece que serán siempre recurribles las sentencias "que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general".

La redacción del precepto difiere de su precedente normativo -el artículo 93.3 de la Ley anterior-, que aludía a las sentencias dictadas "en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrafos dos y cuatro del artículos 39 de esta Ley", que regulaban la tradicionalmente conocida como "impugnación indirecta de reglamentos", hoy contemplada en el artículo 26 LJCA.

Esta diferencia de tenor no se traduce, necesariamente, en una modificación del régimen jurídico. En efecto, tratándose de una norma delimitadora del ámbito del recurso de casación, sus términos han de ser interpretados en sentido estricto, no siendo equivalente a la existencia de cualquier declaración judicial sobre la conformidad a Derecho de una disposición general, sino únicamente cuando ello constituya objeto concreto del procedimiento o fundamento esencial de la sentencia. Ha de ponerse, por tanto, en relación este precepto con las previsiones de los artículos 25 y 26 LJCA, y su interpretación debería ser coincidente con la mantenida respecto de su precedente, el artículo 93.3 de la Ley anterior.

Esta regla implicará lógicamente, admitir también el recurso "en todo caso", cuando se haya impugnado directamente la disposición general, "pues si el recurso es admisible en los casos de impugnación indirecta de disposiciones generales, con mayor razón habrá de serlo si la impugnación es directa" (STS de 17 de julio de 1995, Aranzadi 1995\7899).

La LJCA parece querer desplazar, con la nueva redacción, el elemento determinante de la admisibilidad del recurso, más que a la forma en que se ejercitan las pretensiones, a la relevancia que en la sentencia recurrida haya tenido la impugnación indirecta de la disposición general. Se opta, así, por una de las interpretaciones jurisprudenciales de la anterior Ley, recogida, por ejemplo en el Auto de 29 de abril de 1997 (Aranzadi 1997\3424): "El examen del contenido de la sentencia acredita que la fundamentación que en la misma se utilizó para desestimar la demanda, no descansaba en la aleada invalidez de la Disposición Transitoria 4.º del Decreto 429\1988, de 29 abril, que insólitamente llegó a pretenderse en el suplico de la demanda, sino en otras consideraciones relacionadas con la firmeza de la convocatoria, y la aplicación de otros preceptos del Decreto citado por el actor, sobre cuya validez, no se había planteado cuestión. De modo que no cabía sostener que se estuviera en el caso del núm. 3 del art. 93 de la LJCA, ya que la sentencia no puede decirse que apareciera dictada en virtud de recurso interpuesto indirectamente contra el reglamento del que dimanaba el acto inmediatamente recurrido.

Visto que la razón última que justifica la admisibilidad de la casación, en los casos de impugnación indirecta de norma, es hacer accesible a este Alto Tribunal, en vía casacional el juicio que se ha realizado por el Tribunal de la 1.ª Instancia, sobre la validez de unas normas, de las que sólo es competente para conocer, como era el caso, por vía indirecta del acto aplicativo, al carecer de competencia para ello a través de la impugnación directa. Es decir y, en conclusión, mal podría realizar este Tribunal a través de esta casación, su función de controlar la legalidad del juicio efectuado en este caso por la Audiencia Nacional sobre la validez de la Disposición Transitoria 4.ª del Decreto 429/1988, cuando ese juicio de legalidad, no ha llegado a emitirse por la Audiencia Nacional".

La interpretación de este artículo requiere precisar dos elementos: cuándo se entienden producido el pronunciamiento acerca de la validez de la disposición general; y el concepto de éstas a estos efectos.

Por lo que se refiere al primero de ellos, la declaración de disconformidad a Derecho implicará, en su caso, la inaplicación del precepto, lo cual abre también la posibilidad del recurso de casación; es el caso del Auto de 9 de enero de 1997, Aranzadi 1997\364, o del Auto de 30 de octubre de 1995, Aranzadi 1995\7643:

"en la impugnación indirecta de una disposición ésta no se anula sino que se implica por ser contraria al ordenamiento jurídico".

Desde una perspectiva opuesta y antiformalista, el ATS de 6 de mayo de 1997 (Aranzadi 1997\3910), admite la recurribilidad, atendiendo al contenido de la demanda, fundamentada en la indebida aplicación de unas normas organizatorias sobre las Secretarías de Distrito, fundada en el Decreto 1174/1987, que aquélla consideraba contrarias a la Ley 7/1985, y aún cuando la Sala no había entrado a considerar tal alegación para fundar el fallo. O el ATS de 27 de diciembre de 1996, RJ 1996\9442: "En el texto de la demanda se hace una clara alusión a la pretendida ilegalidad de la última frase del artículo 1.º.1 del Real Decreto 1461\1982, por lo que, en cuanto a esta concreta fundamentación, el recurso de casación es admisible, de acuerdo con el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción".

Tiene también la consideración de impugnación indirecta la pretensión de nulidad de una resolución sancionadora recurrida fundada en la falta de cobertura legal del Real Decreto aplicado para imposición de la sanción invocando el art. 25.1 de la Constitución (ATS de 1 de febrero de 1996, Aranzadi 1996\976), o la impugnación de una liquidación del canon concesional, con invocación de la ilegalidad de las disposiciones en base a las que se practicó aquella (ATS de 10 de febrero de 1997, Aranzadi 1997\952).

Igualmente, en el caso en el que "la sentencia impugnada dice realizar una interpretación conforme a la Ley 30\1984, del Decreto 359\1989, en realidad lo que hace es inaplicar el Decreto citado. Por ello debe entenderse que la sentencia implicaba un procedimiento sobre impugnación indirecta de normas reglamentarias. De ahí que fuera admisible la casación conforme al art. 93.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y deba prosperar esta queja" (ATS de 15 de abril de 1997, Aranzadi 1997\3314). Del mismo modo se rechaza, ATS de 20 de enero de 1997 (Aranzadi 1997\425), la "distorsión burda del supuesto de dichos preceptos" contraria a la buena fe procesal.

Acerca del concepto de "disposición general" aplicable a estos efectos, el Tribunal Supremo ha entendido que "los preceptos de un Decreto legislativo que excedan de los límites de la delegación tienen carácter de simple disposición administrativa, y degradado el precepto al rango reglamentario, se denuncia que vulnera una norma de rango superior" (ATS de 21 de julio de 1997, Aranzadi 1997\5988). Igualmente, y reiterando lo expuesto en el fundamento anterior, tienen tal carácter de disposición general, las relaciones de puestos de trabajo o catálogos (SSTS de 4 de abril de 1996, Aranzadi 1996\5367, 13 mayo de 1996, Aranzadi 1996\4583, 18 de febrero de 1997, Aranzadi 1997\1491, 21 de noviembre de 1997, Aranzadi 1997\8386; ATS de 24 de enero de 1996, Aranzadi 1996\1547).

También se predica tal condición de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se regula la integración del personal funcionario o laboral fijo de un Hospital en los regímenes estatutarios de la Seguridad Social, dado que "se desprende con certeza su carácter normativo y no de mero acto administrativo lo que obliga a entender exceptuando el pleito de la regla de la única instancia" (STS de 26 de junio de 1997, Aranzadi 1997\1548); la Orden reguladora del ingreso en el Cuerpo de la Guardia Civil como Guardia Civil Profesional, de la que son actos aplicativos las resoluciones administrativas impugnadas (ATS de 29 de enero de 1997, Aranzadi 1997\545); o la disposición que regula la forma de integración en un cuerpo de funcionarios (ATS de 28 de noviembre de 1996, Aranzadi 1996\8517).

De modo análogo se admite el recurso ante el "acuerdo sobre funcionarios, producto de la negociación colectiva" en el ámbito de una Corporación Municipal (ATS de 25 de octubre de 199, Aranzadí 1995\733), pues se trata de "normas o de actos con significado material de normas, por tratarse de instrumentos de ordenación general, cuya eficacia no se agota con una concreta aplicación, sino que tiene una eficacia ordenadora de situaciones futuras, desde una previsión abstracta y general".

Interpretando el precepto equivalente de la antigua Ley, el Tribunal Supremo, en auto de 29 de enero de 1997 (Aranzadi 4137/96) ha admitido, el recurso por este cauce cuando se funde en la contradicción entre el Derecho nacional y el procedente de la Unión Europea.

Trasladando ahora al ámbito del recurso indirecto contra reglamentos lo que, cuando se trata de valorar el Derecho nacional, comunitario o autonómico aplicable, el Tribunal Supremo ha denominado "juicio de relevancia", resulta obvio que toda la argumentación central del fallo descansa sobre la inaplicación de una norma con rango de Ley: en este orden de consideraciones, y para no extender en demasía los límites de este escrito, baste señalar que en el presente caso la Sala sentenciadora ha **declarado inaplicable, por ilegal, nada más y nada menos que una Ley de Presupuestos Generales del Estado**, lo que por sí solo y sin necesidad de mayores argumentaciones evidencia la clarísima admisibilidad de la casación a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta.

Si la Ley Jurisdiccional (art. 86.3) posibilita la formulación de recurso de casación, en todo caso, contra las sentencias que declaren nula o conforme a derecho una disposición de carácter general, y sin perjuicio de que la correcta hubiera sido el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por parte de la Sala, habrá de admitirse, con más motivo si cabe, que cuando se declare inaplicable una ley Presupuestos, como en este caso, ese recurso es procedente.

d) La Sentencia recurrida afecta a la libertad sindical alegada por el Sindicato recurrente en su demanda.

En efecto, y teniendo en cuenta (art. 33.1 de la Ley Jurisdiccional) que el objeto del proceso viene determinado por la pretensión del actor (más adelante volveremos sobre tan importante cuestión), es preciso acudir al contenido de la misma para, dado el principio de justicia rogada que preside el proceso contencioso-administrativo, determinar y acotar el ámbito de discusión entre partes y, en consecuencia, concretar cual es el fondo de la cuestión debatida.

Y en este sentido, resulta clara y nítida la referencia que la parte actora hace a la violación que a su juicio el acto recurrido supone del derecho a la libertad sindical, con especial referencia a la Ley Orgánica 11/I985 y a los artículos 7, 28.I, 37.1 y 103 de la Constitución (ver Fundamento de Derecho Tercero de la demanda).

Sin entrar en este momento en analizar lo correcto a no de tal planteamiento, es la cierto que ha sido el propio Sindicato recurrente el que libremente y en el ejercicio de la acción procesal ha referido parte de su pretensión a la presunta violación de su derecho constitucional a la libertad sindical, lo que a juicio de la Abogacía del Estado supone el presente recurso no puede tampoco en este punto constreñirse, a efecto de la posibilidad del recurso de casación, a una mera

cuestión de personal, ya que en este caso, y por la voluntad del Sindicato actor-la cuestión debatida' incida directamente en un derecho fundamental, lo que determina de manera inequívoca la posibilidad de su impugnación en vía, tal y como determina el art. 86.1 y 2 b) de la Ley Jurisdiccional.

También en este punto existe reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, de la que exponemos, entre otras, las siguientes resoluciones:

STS de 2 de Noviembre de 1993 (autos 2528/91) en la que literalmente se dice (Fundamento de Derecho Primero):

"PRIMERO- Alega el Sr. Abogado del Estado la inadmisibilidad de la apelación al versar la sentencia recurrida sobre cuestión de personal, pero no puede prosperar ésta pretensión, pues la materia de personal queda relegada a un segundo plano por la cuestión planteada consistente en el invocado derecho de CC. 00 a formar parte de la Comisión de Valoración del concurso para la provisión de puestos de trabajo, convocados por Orden de 25 de Abril de 1989, so pena de lesión del derecho a la libertad sindical".

Con anterioridad, el día 22 de enero de 1991, y mediante Auto, el Tribunal Supremo manifestaba en un supuesto similar que:

"... el tema litigioso es el de si el Sindicato apelante debería formar parte de la Comisión de Valoración de Méritos no preferentes, punto sobre el cual hemos venido entendiendo, desde una sentencia de 24 de abril de 1990, que el problema a resolver excedía de lo meramente funcional para proyectarse sobre el de la participación institucional de los sindicatos en las Administraciones Públicas, lo que nos ha llevado a admitir los diversos recursos de apelación (hoy de casación) que se han interpuesto con éste contenido".

Más recientemente, el Auto de 25 de junio de 1996 señala:

"El Tribunal "a quo" denegó la admisión de la apelación (hoy casación) por entender que el proceso se refiere a una cuestión de personal sujeta a las reglas de única instancia del artículo 94 de la Ley de la Jurisdicción (hoy artículo 86) ... ahora bien, esta Sala ha señalado, en anteriores pronunciamientos sobre asuntos análogos rol aquí planteado, que en estos casos la materia de personal queda relegada a un segundo plano que la cuestión debatida en el proceso ...,so pena de lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, lo que determina la admisibilidad del recurso de apelación (hoy casación)".

De nuevo concurre una razón más, en este caso la pretensión del derecho a la libertad sindical alegada por la parte recurrente, para justificar la procedencia del recurso de casación planteado por la representación del Estado, de conformidad con la jurisprudencia referida y muy especialmente por aplicación del artículo 86.1 y 2) de la L.J.C.A. que considera susceptibles de casación las sentencias recaídas sobre derechos fundamentales, y ello por que aunque las mismas - como ocurre en el presente caso -pudieran referirse a cuestiones de personal, hacen - por la trascendencia de la cuestión debatida - que estas cuestiones ocupen un plano secundario y de menor relevancia en pro de aquellas que devienen principales y prominentes.

e) ,La Sentencia recurrida supone una flagrante violación del derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración del Estado,

1.- En primer lugar, por incongruencia, al resolver "ultra petitem", una cuestión no planteada en el proceso sin dar traslado a las partes.

Decíamos más arriba que el objeto del proceso viene determinado por la *pretensión de las partes*, y a tal fin dispone el artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional que "los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo **juzgaren dentro del límite** de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición".

En ejercicio de tal derecho el sindicato reclamante formuló su demanda con la pretensión de obtener un pronunciamiento Judicial que declarase nula la resolución del Ministro de Administraciones Públicas de 19 de septiembre de 1996. Por la misma razón, pero en sentido contrario, la Abogacía del Estado solicitó la desestimación de dicha pretensión y la confirmación de la resolución impugnada.

Así pues, el debate giró en torno a la conformidad o disconformidad a Derecho de la resolución ministerial referida, sin alusión ninguna por ninguna de las partes a la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1997, ni mucho menos a su adecuación o no al ordenamiento jurídico (o sea a la Constitución)

Sin embargo, la sentencia que recurrimos se adentra en un análisis de la mencionada Ley Presupuestaria para ponderar su ilegalidad en su consecuencia su inaplicabilidad conteniendo incluso afirmaciones - como que la Ley de Presupuestos no es una auténtica y verdadera Ley - que contravienen la Doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 27/81; 63/86 y 27412000).

Es decir, el Tribunal de instancia introduce una importantísima y novedosa cuestión, la legalidad de la Ley de Presupuestos de 1997, sin dar traslado de ello a las partes, lo que claramente la hace incurrir en incongruencia con la cuestión planteada, violentando además el principio de contradicción de partes, con una clara indefensión de esta representación, y al mismo tiempo con vulneración del principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Conviene a tal efecto recordar lo dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional, según el cual si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, *los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Contra la expresada providencia no cabrá recurso alguno*".

El Tribunal Supremo ha declarado, al respecto, de forma reiterada la siguiente doctrina legal:

"Los argumentos utilizados por la sentencia, al no haber sido planteados por las partes, constituyen nuevas motivaciones sobre las que el Tribunal "a quo" no podrá entrar, a no ser que previamente las sometiera a la consideración de las partes" (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1989).

" Las cuestiones litigiosas quedan fijadas en los respectivos suplicos de los escritos de demanda y contestación y sobre tales cuestiones es sobre las que ha

de resolver el Tribunal y en relación con las que ha de ser congruente la sentencia **no pudiendo esta decidir sobre las que no fueran planteadas** (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1988) ".

Pues bien, la sentencia referida supone, pues vulneración del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional, una clara violación del principio de tutela judicial de la Administración del Estado al impedirle utilizar aquellos argumentos y medios de defensa más adecuados a la nueva cuestión planteada por el propio Tribunal, de lo que dejamos constancia a efectos procesales posteriores, y muy especialmente para el ejercicio en su caso del amparo constitucional.

2.- Se vulnera también el derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley.

En efecto, según ha reiterado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 4731 23/1988),

"Si (el Tribunal) entendía no derogado el artículo 12 de la Ley 35/1980 por la posterior Ley 34/1984, y sin embargo, contrario a la Constitución, **tenía que haber planteado ante este Tribunal la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad**, habiendo de oír previamente a las partes, para evitar su indefensión, y al Ministerio Fiscal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. **Al haber realizado directamente y por si mismo ese juicio negativo de inconstitucionalidad, dejando de aplicar un precepto legal que consideraba no derogado por la Ley posterior, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo**".

Por lo tanto, el Juez o Tribunal que inaplica un precepto legal postconstitucional por su propia autoridad sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, no sólo usurpa la jurisdicción del Tribunal Constitucional,, sino que viola el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales. También las personas públicas, como la Administración General del Estado, gozan como partes procesales de los derechos del artículo 24 de la Constitución (STC 64/1988,FJ2º y STC 100/1983, entre otras), pudiendo, en consecuencia, y por este motivo, acudir al recurso de amparo constitucional.

f) La Sentencia es recurrible pese a haberse tramitado como cuestión de personal.

Aunque es evidente, por las razones expuestas en las letras a), b) y c) de este apartado, que la Sentencia que recurrimos es susceptible de casación, es menester, al objeto de despejar cualquier duda, que tal posibilidad de recurso se manifiesta y evidencia a pesar de que la cuestión se haya tramitado y resuelto como una cuestión de personal, por cuanto que el aspecto procesal del modo de tramitar la materia, no puede condicionar "in aeternum" la verdadera naturaleza de la cuestión debatida.

Y así, a título de ejemplo, el propio Tribunal Supremo ha admitido en queja que numerosos asuntos tramitados como de personal pudieran ser susceptibles de recurso de casación.

En Auto de 7 de Octubre de 1996, a propósito de las pensiones de los exMinistros, se dice:

"Procede en consecuencia la estimación del recurso de queja que examinamos con anulación de las Resoluciones recurridas y ordenar a la Audiencia Nacional que se admita el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 12 de Febrero de 1996".

De modo más directo y claramente inequívoco, la Sentencia de 29 de Enero de 1996 (M. 460) dispone:

" ... este argumento hay que acogerlo conforme a la doctrina de esta Sala, pues, en efecto, en el caso al que se refiere el recurso de queja que nos ocupa, no es cuestión de personal; y el hecho de que en la instancia se tramitara el proceso según las normas relativas al procedimiento en materia de personal, no es obstáculo para no siéndolo la cuestión debatida deba jugar la garantía procesal del recurso de casación... "

En suma, a pesar de haberse tramitado como cuestión de personal el presente recurso, procede admitir y tener por preparado el presente recurso de casación, sin perjuicio de las cuestiones de fondo (motivos) que en el momento procesal pertinente se planteen por la representación del Estado.

2. EL PRESENTE ESCRITO DE PREPARACIÓN SE FORMULA POR QUIEN TIENE LEGITIMACIÓN PARA ELLO.

Se cumple con este extremo la *previsión del número 3* del artículo 89 de la Ley Jurisdiccional, por cuanto la Administración del Estado ha sido parte en el procedimiento a que se contrae la sentencia recorrida.

3. EL PRESENTE ESCRITO SE PRESENTA ANTE LA SALA QUE HA DICTADO LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Requisito que queda igualmente cumplido por haber sido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional la que ha dictado la sentencia recorrida y presentarse ante la misma el presente escrito.

4.- PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

El presente escrito se presenta dentro del plazo de diez días cantados desde el día siguiente al que se hubiere notificado la sentencia, como se acredita con las fechas de notificación de ésta y de interposición del mismo.

5. MOTIVOS DEL RECURSO.

Sin perjuicio de su puntual corrección y análisis en el escrito de INTERPOSICIÓN, el presente recurso se apoya principalmente en los motivos contenidos en las letras a), c) y d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, sin excluir su extensión a cualquiera otro en el momento procesal oportuno.

Por último, es indudable que el recurso de casación pretende fundarse en normas de Derecho estatal y Constitucional, relevantes y determinantes del fallo recurrido, y consideradas por la Sala sentenciadora, sin que sea necesario en este escrito una Mención explícita de las mismas.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICA: Admita el presente escrito, tenga por preparado **RECURSO DE CASACION** contra la sentencia dictada por la Sala de la Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, remitiendo el mismo, junto con los autos originales, a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante el citado Tribunal, continuando la tramitación legal correspondiente.

Es justicia que pide en Madrid a 30 de enero de 2001.