

El recurso ordinario de apelación con respecto a la impugnación jurisdiccional de nombramientos de funcionarios locales

351.95:352.08 (46)

por

JOSE HERNANDEZ CORREDOR

Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1. EL ARTÍCULO 94-1-B) DE LA LEY JURISDICCIONAL. 2. PROBLEMÁTICA QUE SE DERIVA DEL MISMO. 3. EXCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL. 4. SU IMPORTANCIA PRÁCTICA.—II. ANTECEDENTES LEGALES: 1. REAL DECRETO DE 22 DE JUNIO DE 1894. 2. LEY DE 18 DE MARZO DE 1944. 3. LEY DE RÉGIMEN LOCAL. 4. DECRETO DE 8 DE FEBRERO DE 1952.—III. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: 1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR EMPLEADO PÚBLICO? 2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INAMOVILIDAD? 3. ¿ES MATERIA DE PERSONAL LA RELATIVA AL RÉGIMEN DE OPOSICIONES Y CONCURSOS?—IV. LA NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO COMO CAUSA DE SEPARACIÓN: 1. ALCANCE DEL TÉRMINO «SEPARACIÓN». 2. VARIEDAD DE SUPUESTOS DE SEPARACIÓN. 3. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. 4. ¿DEBE REPUTARSE COMO «MATERIA DE PERSONAL» EL ACTO DE NOMBRAMIENTO? 5. INTENCIÓN DEL LEGISLADOR. 6. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA EXCEPCIÓN. 7. VALORACIÓN DEL INTERÉS PROTEGIDO. 8. RAZONES PRÁCTICAS A TENER EN CUENTA.—V. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. EL ARTÍCULO 94-1-B) DE LA LEY JURISDICCIONAL.

La vigente Ley de lo Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 1956, establece en su artículo 94-1-b) que no serán susceptibles de recurso de apelación las sentencias que dictaren las Salas correspondientes de las Audiencias territoriales

en materia de personal, «excepto si se refieren a la separación de empleados públicos inamovibles».

2. PROBLEMÁTICA QUE SE DERIVA DEL MISMO.

En relación con ello se plantea el problema—que pese a su indudable trascendencia práctica estimamos que, hasta el momento, no ha sido tratado debida y suficientemente—de si las cuestiones relativas a impugnaciones de nombramientos, en virtud de oposiciones y concursos, de funcionarios de la Administración local—que, como luego se verá, vienen reputándose materia de personal—pueden ser susceptibles o no de recurso de apelación ante el Tribunal Supremo. Y esto ante la duda de si la posible *anulación* judicial de un nombramiento definitivo debe equipararse a propia separación de empleados inamovibles.

De lo dicho se deduce que la solución del problema que se plantea vendrá dada, principalmente, en función del alcance que haya de darse al término *separación*; sin perjuicio del examen de otros conceptos que igualmente inciden en esta cuestión, y que nos servirán para su mejor comprensión.

3. EXCLUSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL.

Es de advertir que el problema se circunscribe al personal al servicio de las Corporaciones locales, por cuanto el supuesto del posible recurso de apelación ante el Tribunal Supremo no puede darse respecto de los funcionarios pertenecientes a la Administración central, en virtud de que las resoluciones que acuerdan sus nombramientos emanan de organismos estatales; por lo que tales actos son impugnables directamente ante el más Alto Tribunal, que a tenor del artículo 14 de la citada Ley Jurisdiccional conocerá en única instancia.

De aquí, por tanto, repetimos, que el dicho supuesto de la posible apelación ordinaria en materia de personal se concrete para casos de selección de funcionarios locales. (Sin embargo, a estos efectos deben excluirse también los pertenecientes a los

Cuerpos Nacionales de Administración Local, por cuanto sus nombramientos corresponden a organismo de carácter estatal —la Dirección General del Ramo—, y de ahí que al respecto las impugnaciones se planteen directamente ante el Tribunal Supremo).

4. SU IMPORTANCIA PRÁCTICA.

Según resulta de lo señalado, la trascendencia de la cuestión que nos ocupa es tal que, de adoptar una solución u otra, resultará que en materia de selección de funcionarios locales los interesados podrán hacer uso de una sola vía de revisión jurisdiccional o se les permitirá la doble instancia. Por lo que no es preciso insistir sobre este particular.

II. ANTECEDENTES LEGALES

El problema a considerar aparece, según hemos dicho—y con las salvedades que luego veremos—, en la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956; que, entre otras novedades, dispuso la creación de Salas de lo Contencioso-administrativo en las Audiencias territoriales, con lo que desaparecieron los antiguos Tribunales de ámbito provincial. Sin embargo, es del mayor interés conocer el derecho positivo precedente.

1. REAL DECRETO DE 22 DE JUNIO DE 1894 (1).

Es de destacar que en el ordenamiento procesal contencioso-administrativo regulado en este texto, y pese que a tenor de su artículo 69 el recurso de apelación ante el Tribunal Supremo contra sentencias dictadas por los hoy extintos Tribunales provinciales tenía, prácticamente, un carácter general (2), se con-

(1) Publicado en la *Gaceta* de fecha 2 de julio; y que a su vez vino a reformar la Ley de 13 de septiembre de 1888 y su Reglamento de 25 de diciembre de 1890.

(2) Excepción hecha, según se establecía en su artículo 63, de que se tratase de pleitos cuya cuantía litigiosa no excediera de 1.000 pesetas; límite éste posteriormente elevado en virtud de diversas disposiciones; aspecto que, sin embargo, no afecta a la cuestión que nos ocupa.

tenía ya la importante excepción—a tenor del artículo 6 de su Reglamento (3)—de aquellos actos relativos a correcciones disciplinarias; los que no podían ser objeto de impugnación salvo que implicasen separación del cargo de empleados inamovibles.

2. LEY DE 18 DE MARZO DE 1944 (4).

Posteriormente, la Ley de 18 de marzo de 1944, aunque restableció la vigencia de la ya citada de 22 de junio de 1894, vino a introducir una muy importante modificación en materia de personal, pues excluyó de la jurisdicción contencioso-administrativa todas las resoluciones de la Administración central referentes a personal; no comprendiéndose, sin embargo, las que implicaran separación del Cuerpo o del servicio, siempre que estuvieran dictadas como sanción que no fuera por depuración ni responsabilidades políticas, que exija expediente administrativo seguido contra funcionarios o empleados inamovibles. Al propio tiempo introdujo para esas cuestiones expresamente excluidas de impugnación jurisdiccional, su posible revisión mediante un recurso de agravios ante el Consejo de Ministros, previo el de reposición ante la autoridad que dictó la resolución reclamada. A la vez, y en el orden procedimental, dispuso que las sentencias de los Tribunales provinciales en materia de personal no serían apelables, a excepción de las citadas en esos mismos supuestos de que implicaran separación por vía de sanción disciplinaria, que no fuera depuración ni por motivo de responsabilidad política.

Y aunque en una primera impresión pueda parecer que existía una contradicción desde el momento que, por un lado, se hablaba de quedar excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones referentes a personal, mientras que, por otro, se dice que no serían apelables las dictadas por los Tribunales provinciales en materia de personal—lo que naturalmente implicaba la competencia de estos últimos para su enjuiciamiento—, la explicación es sencilla; y venía dada en

(3) Aprobado por Real Decreto de 22 de junio de 1894 (*Gaceta* del 2 de julio).

(4) Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 23.

virtud de quién fuera el órgano que dictó el acto, pues si pertenecía a la Administración central la impugnación resultaba imposible, mientras que la vía contenciosa quedaba expedita si el acto había sido dictado por una Corporación local.

3. LEY DE RÉGIMEN LOCAL.

En el artículo 393 de la Ley de Régimen local de 16 de diciembre de 1950 (5), cuyo contenido coincide exactamente con el precepto numerado con el mismo cardinal en el vigente texto refundido de 24 de junio de 1955, se señalaba en relación con el recurso contencioso-administrativo que no serían apelables las sentencias de los Tribunales provinciales en materia de personal, con excepción de las dictadas en los casos que implicasen separación del Cuerpo o servicio.

4. DECRETO DE 8 DE FEBRERO DE 1952.

Llegamos a esta disposición (6) por la que se aprobó el texto refundido de la anterior Ley Jurisdiccional, en cuyo artículo 20 se dice textualmente que «los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo conocerán..., en única instancia, de las cuestiones de personal, salvo aquellas que versen sobre la separación de funcionarios o de empleados públicos». La cita de este precepto es importante, muy especialmente porque, según se ve, es *coincidente* con el artículo 94-1-b) de la vigente Ley Procesal; de forma que, a nuestro entender, los términos del problema son idénticos tanto entonces como en la actualidad, con la sola diferencia de que cuando antes se hablaba de Tribunal provincial ahora equivale a Audiencia territorial.

Por otro lado es de destacar también que, por primera vez, se habla de *separación* en general, sin señalar de modo expreso—tal como acontecía en la legislación anterior—que esta separación hubiera de venir impuesta *necesariamente* por vía de sanción disciplinaria; con lo cual nos introduce en el núcleo

(5) Publicada en los *Boletines Oficiales del Estado* del 29 al 31 de dicho mes.

(6) *Boletín Oficial del Estado* del 16 de marzo.

del problema que contemplamos, es decir, el del alcance que haya de darse al repetido término separación.

III. DELIMITACION DE CONCEPTOS (7)

Expuestos muy brevemente los antecedentes legales, en los que sobre el tema objeto de debate se observa una trayectoria muy rectilínea y uniforme, pasaremos a continuación a delimitar algunos conceptos que inciden en la cuestión que nos ocupa, sin pretensiones de dar definiciones de valor absoluto, y a los solos efectos de una mejor comprensión del problema.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR EMPLEADO PÚBLICO?

Esta palabra debe equipararse a los efectos de la Ley de lo Contencioso-administrativo a la de funcionario público. Ahora bien, este último término no resulta unívoco, sino que, por el contrario, ha dado origen a uno de los temas más controvertidos en la literatura administrativa, pues tanto la doctrina científica como la legislación y la jurisprudencia han venido utilizando el vocablo para significar supuestos diferentes con alcance y eficacia distintos. Por ello, y dada la índole de este trabajo, renunciamos a tomar parte en el debate acerca de qué debe entenderse por funcionario público, y de aquí que, al fin que nos interesa, bástenos con aceptar la definición que para los de la Administración local nos ofrece el artículo 319 de la ya citada Ley de 24 de junio de 1955, en cuanto reconoce tal carácter a quienes «en virtud de nombramiento legal desempeñan en las Entidades u Organismos que la constituyen, servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos».

(7) Un detallado, profundo y muy actualizado estudio de las materias relativas al concepto de funcionario, naturaleza, contenido y extinción de la relación de servicio, puede verse en J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo III, volúmenes I y II, Madrid, 1970.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR INAMOVILIDAD? (8).

Se trata también de otro término muy discutido, y cuya delimitación quizá se encuentre agravada por la circunstancia de que el concepto necesariamente ofrece un carácter relativo, ya que la misma admite diversos grados, sin que, además, quepa imaginar nunca una inamovilidad absoluta (9). Aparte también de que cuando los autores se enfrentaron inicialmente con esta institución estaban poderosamente influidos por la carga psicológica y aun política que suponía la situación—no tan lejana en el tiempo—de la falta de garantías de permanencia en el empleo para quienes servían profesionalmente a la Administración, cuya *cesantía* podía declararla con total discrecionalidad y en cualquier momento la autoridad pública (10).

De aquí que, por el momento, nos baste con encontrar un concepto que sirva a los fines de nuestra exposición, sin mayores pretensiones, y en este sentido podríamos convenir que la inamovilidad consiste en el mantenimiento del cargo o empleo, salvo que existan justas causas para la separación. Para completar este concepto quizá convenga añadir algunas notas que lo caracterizan; como son:

A) El que de suyo las garantías de inamovilidad no alcanzan a quienes detentan puestos con carácter provisional o interino (11), aunque el Tribunal Supremo en algunas ocasiones haya admitido expresamente la condición de inamovilidad para

(8) Puede consultarse el trabajo de R. MARTÍN MATEO, «La inamovilidad del funcionario público», en *Revista de Administración Pública*, año 1966, núm. 51, páginas 9 y sigs.

(9) Lo que atentaría contra el poder organizativo de la Administración, que en cualquier momento puede variar la estructura y composición de sus órganos, y, por tanto, declarar la extinción de una relación de empleo.

(10) Siempre es importante destacar la realidad que hay tras el Derecho; pues, con harta frecuencia, tradicionalmente y por una indudable influencia kantiana, el jurista se ha preocupado con exceso en crear categorías lógico-formales en un mundo de abstracción, con olvido del substrato sociológico en que debe apoyar su construcción.

(11) Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1947 (175), 24 de enero (23) y 2 de abril (456) de 1949, 2 de noviembre de 1957 (3.099), 12 de noviembre de 1969 (5.002), etc. (Advertencia: los números entre paréntesis que figuran detrás de las sentencias que se citan hacen referencia a los correspondientes del *Repertorio de Jurisprudencia «Aranzadi»*).

supuestos de cargos desempeñados interinamente, cuando tales servicios sean computables al funcionario a todos los efectos (12).

B) Que, como es lógico pensar, en un sistema de amovilidad (supuestos de personal contratado o eventual) cabe también la separación como consecuencia de sanción disciplinaria.

C) Que la inamovilidad no se presume, sino que requiere la expresa declaración de una norma legal que así lo reconozca.

D) Que, como corolario de lo expuesto, la quiebra del principio de inamovilidad que supone la separación precisa que, en los casos concretos de que se trate, ésta se apoye en justa causa legal.

3. ¿ES MATERIA DE PERSONAL LA RELATIVA AL RÉGIMEN DE OPOSICIONES Y CONCURSOS?

Esta cuestión tiene a efectos de la Ley de lo Contencioso-administrativo un doble significado, en cuanto se refiere tanto a aspectos sustantivos como adjetivos; a saber:

A) En el orden procesal—siempre que no impliquen separación de empleados inamovibles—la materia de personal es

(12) En este sentido la sentencia de 19 de noviembre de 1958 (3.864). Por otra parte, la sentencia de 11 de junio de 1945 (752) declara que, aunque a los funcionarios interinos no les afecta la garantía de la inamovilidad, no pueden, sin embargo, ser destituidos ni separados, sin formación de expediente, con audiencia del interesado, en el supuesto de que se exprese la causa de separación, «en cuyo caso es preciso probarla mediante el oportuno expediente». Y lo que quizá aún resulte más interesante es que en el auto del Tribunal Supremo de 1962—citado por la sentencia de 28 de junio de 1969 (3.561)—se manifiesta que, si bien es cierto que, conforme al artículo 94 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción del 27 de diciembre de 1956, las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales, no son susceptibles de apelación cuando se refieran a asuntos de personal, salvo si tienen por objeto actos que atañen a la separación de empleados públicos inamovibles, no es menos cierto que es evidente que, en el caso de que se trata, la cuestión de fondo que se discute y sobre la que se pronuncia la sentencia apelada, es precisamente cuál sea el carácter del recurrente como tal funcionario, es decir, si es interino y, por lo tanto, discrecionalmente removable, o si lo es en propiedad y, en su consecuencia, inamovible, por lo que partiendo de esta base no puede cerrarse toda vía a posible y ulterior examen jurisdiccional, con cuyo criterio se amplían las posibilidades de impugnación jurisdiccional en materia de separación.

objeto de un tratamiento especial y distinto al régimen general, que viene regulado en los artículos 113 y siguientes del precitado texto.

B) De aquí que, previamente, sea necesario determinar qué cuestiones se incluyen dentro del concepto *materia de personal*. Y, especialmente, a los efectos que nos interesa, si lo relativo al régimen de selección de funcionarios locales debe estimarse como tal. Pues bien, en relación con este punto y a los fines prácticos de estas consideraciones aceptaremos el criterio que reiteradamente viene manteniéndose en la jurisprudencia, en el sentido de estimar las dichas cuestiones—oposiciones y concursos—como de personal (13).

Al llegar aquí creemos haber sentado como conclusión aceptable que el nombramiento (14) de un funcionario seleccionado en virtud de oposición o concurso—teniendo en cuenta, además, el principio de legitimidad y de inmediata ejecutividad de los actos administrativos (15)—confiere al titular del empleo o cargo el carácter de inamovible, y sin perjuicio, claro está, de los recursos que los demás aspirantes puedan utilizar en orden a la impugnación, tanto en vía administrativa interna como en la de revisión jurisdiccional, del dicho nombramiento; con lo cual nos hemos situado en el centro del problema. Esto es, sin pedir la nulidad de un nombramiento—definitivo pero no firme por estar recurrido—implica o no una cuestión de separación (16).

(13) En este sentido, y a título de ejemplo, puede verse la sentencia de 3 de octubre de 1960 (3.238).

(14) Adelantemos que el nombramiento, aunque sea condición necesaria, *no es suficiente* para crear el *status* de funcionario; pues este carácter se ofrecerá tan sólo a partir de la *toma de posesión*. De forma que es posible que la persona nombrada no llegue a tomar posesión por diversas causas (fallecimiento, expiración del plazo para hacerlo, etc.), e incluso puede darse el supuesto de que una vez producido el nombramiento y antes de la toma de posesión, la Administración—en uso de su poder organizativo—decida no cubrir la plaza—independientemente de la acción de indemnización que pueda corresponder al interesado—.

(15) A este respecto era bien significativo el artículo 29 del Reglamento de 23 de agosto de 1924 (*Gaceta* del día 26), donde se decía que «sin perjuicio de los recursos, el nombramiento acordado será ejecutivo y el interesado podrá posesionarse inmediatamente del cargo, siempre que no se declare la suspensión del acuerdo recurrido».

(16) Es muy cierto que la impugnación de un nombramiento se apoya en causa de *nulidad*, de forma que si prospera el recurso la consiguiente revocación del

La solución vendrá dada precisamente por el alcance que haya de darse al término separación, a los efectos del repetido artículo 94-1-b) de la Ley Jurisdiccional.

IV. LA NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO COMO CAUSA DE SEPARACION

1. ALCANCE DEL TÉRMINO «SEPARACIÓN».

El verbo separar puede entenderse, en coincidencia con su sentido gramatical, como sinónimo de *apartar*; en este caso, apartar a un funcionario del cargo. Sin embargo, en materia administrativa y para supuestos de empleados públicos, en una interpretación restrictiva del término podría pensarse que, por el contrario, tal separación se estima referida única y exclusivamente a los casos de destitución por vía de sanción.

Sobre este particular forzoso es reconocer que *generalmente* se han venido confundiendo los términos separación y destitución, entendidos ambos como causa de extinción del *status* del funcionario, como consecuencia de expediente de corrección disciplinaria. Pues si bien es cierto que tradicionalmente el vocablo usado para esta clase de sanción ha venido siendo el de *destitución* (17), en los textos legales también aparece en oca-

nombrado inicialmente produce una extinción total de efectos; como si aquél nunca se hubiera realizado, y sin que a la persona afectada se le derive ningún derecho. Mientras que, por contra, la separación *strictu sensu* extingue la relación de empleo a partir del momento en que se declara, quedándole al interesado—aunque hubiera incurrido en corrección disciplinaria muy grave—derechos de variado tipo, como ocurre, por ejemplo, con los de carácter pasivo—a efecto de pensiones—. De aquí que la posible equiparación entre separación y revocación de nombramiento por causa de nulidad la entendamos a los solos efectos de su aplicación procesal por la jurisdicción contencioso-administrativa y en materia de recurso ordinario de apelación.

(17) Tanto el Reglamento de Secretarios, Interventores y Empleados municipales—ya citado—de 23 de agosto de 1924, como el aprobado por Real Decreto de 2 de noviembre de 1925 (*Gaceta* del día 7), relativo a funcionarios y subalternos provinciales, y también el Reglamento de 14 de mayo de 1928 (*Gaceta* del 16), aplicable a los empleados de Ayuntamientos que no hayan formado el particular de régimen interno, utilizan siempre el término «destitución» cuando se refieren a su sanción de separación. Tan sólo en un precepto, concretamente en el artículo 105 del texto nombrado en primer lugar, se recoge la palabra «separación», y con un sentido un tanto vago, aunque por la remisión que hace al artículo 111 puede considerarse que igualmente está pensando en una causa de destitución.

siones como equivalente el de separación (18), aunque muchas veces por no ser suficientemente claros sus preceptos queda la duda de si la identificación es total o si resultan posibles otras causas de separación, aparte de la impuesta como sanción.

2. VARIEDAD DE SUPUESTOS DE SEPARACIÓN.

A efectos dialécticos no hay inconveniente en reconocer la dicha realidad, pues ciertamente, *en general*, cuando la Ley habla de separación se está refiriendo normalmente a un supuesto de destitución. Sin embargo, ello no debe impedir que pensemos en otras posibilidades de separación por causas distintas—máxime cuando los propios textos no las excluyen expresamente—; a saber:

— Cabe imaginar perfectamente que con motivo de haber incurrido un funcionario en causa de incompatibilidad sea separado del servicio—incluso con carácter definitivo—. Este ejemplo no es irreal sino que se ha producido y fue enjuiciado por el Tribunal Supremo (19); reconociéndose que «puede haber resoluciones de la Administración que, *aun implicando separación* del Cuerpo o servicio de los funcionarios inamovibles, *no se dicten con el desigmo de sancionar* actos u omisiones de falta legalmente prevista».

— Cabe pensar igualmente en supuestos de reorganización de servicios; por ejemplo, en los casos de anexión o fusión de Municipios (20), en los que se supriman puestos de traba-

(18) El Real Decreto de 14 de noviembre de 1929 (*Gaceta* del 16) utiliza el vocablo *separar* como sinónimo de correctivo. La Real Orden de 14 de noviembre de 1930 (*Gaceta* del día 15) parece intuir una diferenciación, pues habla de expedientes de «suspensión» y de «separación»; la Orden de 21 de noviembre del propio año 1930 (*Gaceta* del 22) vuelve a utilizar los términos «suspensión o destitución», en vez de «separación». La Orden de 30 de octubre de 1939 (*Gaceta* del 9 de noviembre) habla de «separación o destitución». También emplea la disyuntiva la Ley de Administración local de 16 de diciembre de 1950—aunque creemos que lo hace un tanto incorrectamente—, pues en su artículo 336 (coincidente en el vigente texto de 24 de junio de 1955) al graduar las sanciones distingue—no haciendo equivalentes ambos términos—entre destitución del cargo y separación definitiva del servicio; como asimismo acontece en el artículo 108 del vigente Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952.

(19) Puede verse la sentencia del 18 de noviembre de 1957 (3.344).

(20) Previstos en el artículo 12 y siguientes de la Ley de Régimen local y

jo (21); y, en general, en todas las ocasiones de amortización de plazas (22).

— Cabe pensar en supuestos en que, sin existir una conducta tipificada como causa de sanción disciplinaria, dé lugar, sin embargo, a ser enjuiciada por un Tribunal de Honor, que pueda declarar la separación (23).

3. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Acabamos de ver que el vocablo separación es susceptible de admitir una interpretación—acorde con su sentido gramatical—que supere el estrecho marco de su identificación con la destitución. ¿Deben, pues, incluirse en el dicho término los supuestos relativos a la posible nulidad de nombramientos de funcionarios? En una primera impresión indudablemente parece ser que así debiera ser. Sin embargo, a nivel jurisprudencial hay bastante oscuridad y la cosa no resulta tan clara.

En efecto, si observamos algunas de las más recientes sentencias (24) del Tribunal Supremo dictadas sobre este particular, veremos que se rechaza la dicha posibilidad, declarándose expresamente la inadmisibilidad del recurso de apelación para esos supuestos. Ahora bien, no es menos cierto que en anteriores

artículo 4 y sucesivos del Reglamento de Población y Demarcación territorial de las Entidades locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.

(21) Se destaca, por lo significativo, que el artículo 58 del Real Decreto de 23 de agosto de 1924—al que ya hemos tenido ocasión de referirnos—, expresamente establecía para estos casos de supresión de cargos—con motivo de los dichos supuestos de alteración de Municipios—, que tales acuerdos de supresión de plazas eran recurribles ante el Tribunal Contencioso provincial; al contrario de lo que ocurría para otras materias relacionadas con el poder organizativo de la Administración, que quedaban excluidas de revisión jurisdiccional.

(22) Véanse las sentencias de 19 de noviembre de 1943 (1.203) y de 30 de noviembre de 1957 (3.547); esta última muy interesante.

(23) El Decreto de 22 de julio de 1942 (*Boletín Oficial* del 6 de agosto) señalaba que el Tribunal de Honor—referido a los Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local—podía adoptar una de estas dos soluciones: a) Absolución, o b) Separación total del servicio. (Y cuyos Tribunales de Honor se reconocen y mantienen en el artículo 129 del vigente Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952).

(24) Sentencias de 3 de octubre de 1960 (3.238) y 28 de noviembre de 1963 (4.935).

y numerosas sentencias (25) se admite, por contra, la segunda instancia de revisión jurisdiccional.

En nuestra modesta opinión hay una decisión de nuestro más Alto Tribunal, concretamente la sentencia de 24 de enero de 1966 (R. Aranzadi 583), que al plantearse la cuestión que nos ocupa, *inconscientemente* da en la diana de lo que creemos es la solución correcta, si bien no saca las debidas consecuencias, quizá por apoyarse en un argumento válido, pero contemplado aislada y parcialmente. Se dice en sus Considerandos «que procede comenzar el estudio de las cuestiones a resolver en esta alzada por la relativa a la indebida *admisión de la apelación* que plantea la parte apelada en su escrito de alegaciones con base en el artículo 94, párrafo 1.º, de la Ley Jurisdiccional vigente (la de 27 de diciembre de 1956), por estimar que la sentencia recurrida versa sobre *materia de personal* que no implica separación del Cuerpo o servicio, cuya cuestión no es de resolver en el sentido que propugna dicha parte, habida cuenta de la *inaplicabilidad* al caso del precepto que se invoca, toda vez que, con arreglo a la tercera disposición transitoria, inciso 1) de la misma, los recursos interpuestos con anterioridad a su entrada en vigor, cualquiera que sea su estado procesal, continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos por las normas que regían a la fecha de su iniciación, a cuyo tenor es visto que, iniciado el recurso que motivó la sentencia apelada en 10 de abril de 1957, según acredita el sello de presentación, lo fue *anteriormente* a la vigencia del citado texto legal y, por consiguiente, resulta aplicable al caso el artículo 393 de la Ley de Régimen local de 24 de junio de 1955, que exceptúa de la prohibición de apelar a las sentencias dictadas en los casos que impliquen separación del Cuerpo o servicio, sin distinción entre los diferentes funcionarios locales, supuesto este de separación que precisa apreciar concurrente, puesto que el reingreso le es negado al recurrente por estimarle incurso en causa de cesantía; siendo de añadir, en cuanto a la pretensión de inadmisibilidad,

(25) En este sentido, y entre otras muchas, pueden verse las sentencias de 20 de febrero de 1932 (2.549), 13 de mayo de 1941 (698), 17 de noviembre de 1941 (1.287), 10 de marzo de 1943 (332), 10 de febrero de 1947 (174), 12 de noviembre (336) y 30 de noviembre (3.547) de 1957, etc.

que tiene que reputarse extemporánea por haberse formulado al evacuarse el trámite de alegaciones escritas, fuera, por tanto, del momento procesal oportuno, tanto en relación con el artículo 82 de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, que es la *aplicable*, como con el artículo 100 de la Ley vigente que la parte aludida invoca en cuanto a otros preceptos».

Y si decimos que da en la diana (con independencia del supuesto concreto que contempla, donde ciertamente se está discutiendo un nombramiento por vía de petición de reingreso, y abstracción hecha de si cuando se interpuso la impugnación el recurrente se encontraba en situación de excedente o de cesante), es porque en nuestra opinión la apelación se admitió debidamente—en cuanto, repetimos, se discutía un nombramiento, aunque lo fuera por solicitud de reingreso—, pero no sólo en la razón de que el recurso se había planteado previamente a la vigencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sino porque, aunque lo hubiera sido en plena vigencia de ésta, la solución debería ser idéntica: *¡ya que la legislación anterior era totalmente coincidente con la actual!* Esta es, precisamente, la clave.

4. ¿DEBE REPUTARSE COMO «MATERIA DE PERSONAL» EL ACTO DE NOMBRAMIENTO?

Si llevásemos el examen juricista del problema hasta sus últimas consecuencias, quizá tuviéramos que convenir que la materia debatida no puede calificarse como de personal; por cuanto el enjuiciamiento procesal de un nombramiento no presupone que la persona nombrada sea funcionario. Nos explicaremos.

En efecto, si como ya tuvimos ocasión de señalar—siquiera fuera marginalmente—, el nombramiento no es condición *suficiente* para que se produzca y reconozca el *status* de funcionario, en cuanto que para ello se precisa, además, de la correspondiente *toma de posesión* (26); y si, por otro lado, tenemos

(26) Como dice J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS—*op. cit.*, pág. 588—, el acto de nombramiento es un acto más del procedimiento creador de la investidura, pero no es el único, y que la toma de posesión la corona con finalidad no sólo de dar

en cuenta que el acto administrativo que se recurre jurisdiccionalmente ha de ser *forzosamente* el de nombramiento y no el de la toma de posesión, es lógico pensar que en la vía judicial se discutirá algo que, desde luego, por no referirse a un funcionario (27), no podrá consiguientemente ser conceptuado como materia de personal. Lo cual, en el orden procedimental, implicaría tener que aceptar que los acuerdos de nombramiento de empleados de las Corporaciones locales—siguiendo y admitiendo esta argumentación—podrían ser objeto de una doble instancia contencioso-administrativa, al no poderse reputar las dichas cuestiones como de personal.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, volveremos al hilo de nuestra exposición inicial, aceptando dialécticamente que nos encontramos ciertamente con una cuestión de personal. En definitiva y en el orden práctico, la conclusión, a los efectos que nos interesa, será la misma.

5. INTENCIÓN DEL LEGISLADOR.

¿Cuál fue *siempre* la intención del legislador al diferenciar dos campos distintos en materia de personal, en orden a la posibilidad de la utilización de una sola vía o dos a efectos de la revisión jurisdiccional de los actos administrativos que revisitan tal carácter?

La contestación a esta pregunta y después de cuanto llevamos expuesto no creemos que ofrezca duda alguna. El legislador ha pretendido siempre garantizar al máximo el *status* del funcionario; de forma tal que su *creación*—nombramiento, a través de un reglamentario sistema de selección, presidido por el principio de igualdad de oportunidades—y *extinción*—separación por cualquier causa—son los aspectos más minuciosa y

perfección y validez a un conjunto de actos enlazados, todos los cuales unidos, permiten que surja la relación de servicio profesional.

(27) En efecto, la nulidad de un nombramiento declarada judicialmente implica que *nunca* se ha dado en la persona afectada la condición de funcionario; sin perjuicio de que, *de hecho*, durante el tiempo transcurrido entre la fecha de posesión y la declaración de nulidad, aquélla haya actuado formalmente con el carácter de empleado público en el cargo de que pueda tratarse, en orden a la validez de su actividad personal y profesional frente a la propia Administración como frente a los administrados.

detalladamente regulados, siendo también los estudiados con mayor extensión por la doctrina (28). Los demás aspectos, es decir, aquellos que pudiéramos incluir en el régimen de los derechos y obligaciones que se derivan de tal condición de empleado público, se han considerado merecedores de una menor atención.

De aquí se concluye que fundamentalmente por una razón de *eficacia* procesal—con el fin de no recargar innecesariamente al Tribunal Supremo con cuestiones que, en principio, se estiman de inferior trascendencia—su resolución judicial se considere suficientemente garantizada con una única instancia de revisión jurisdiccional; mientras que, por contra, las que se refieran a la creación, modificación o extinción de tal *status* (29) se estiman merecedoras de una mayor protección, que es lo que, en definitiva, significa la posibilidad de la doble instancia.

6. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA EXCEPCIÓN.

A mayor abundamiento y en atención a que la instancia única siempre supone una menor garantía que la posible doble revisión jurisdiccional, el Tribunal Supremo, mediante auto de 1 de octubre de 1962—ya citado anteriormente con otro motivo—, declaró que la imposibilidad legal establecida en el artículo 94-1-b) de la Ley, de apelar las sentencias sobre asuntos de personal, «constituye una de las cuatro excepciones que se establecen al principio general de apelabilidad de todas las

(28) Lo que ha ocurrido es que—en razón principalmente por la reacción contra el antiguo régimen en el que las cesantías eran normales y frecuentes—tradicionalmente se han cargado las tintas en el aspecto de la separación, y en especial cuando ésta tenía por causa la destitución por motivos disciplinarios—que en muchas ocasiones respondían a enemistades políticas o a arbitrariedades personales—.

(29) Término que aquí lo utilizamos en una acepción amplia; pues sin dejar de ser funcionario, en un sentido *genérico*, la impugnación de un nombramiento por vía de ascenso se incluye en el supuesto de modificación del *status*. A este respecto puede verse la sentencia de 10 de febrero de 1947 (174), que se refiere, precisamente, a un supuesto de ascenso de plaza; en el que se llega a la doble instancia jurisdiccional, y se declara la nulidad del acuerdo impugnado, señalándose que «después de todo ello y con la eliminación del Guardia indebidamente ascendido, queda expedito el camino para que prosperen en esta vía las pretensiones del actor, proclamándose ahora su ventajosa situación en orden a alcanzar la categoría que le fue negada».

sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo en las Audiencias territoriales, que como norma excepcional debe ser constreñida y *limitada restrictivamente*».

Lo que naturalmente viene a reafirmarnos en nuestro criterio.

7. VALORACIÓN DEL INTERÉS PROTEGIDO.

¿Tiene acaso menos importancia para el interesado que por causa de nulidad—declarada judicialmente—sea revocado su nombramiento, que si la separación se produce por vía de destitución o cualquier otro motivo? Evidentemente no. Repárese, además, que en el caso de nulidad a la persona afectada no le queda en su haber ningún derecho; mientras que a los separados disciplinariamente se les reconocen los de carácter pasivo.

¿Por qué no debe poder recurrir en apelación quien es separado por haber prosperado, en primera instancia judicial, una impugnación en contra de su nombramiento? Y si admitimos esta posibilidad y partimos de un elemental principio de igualdad y de justicia, ¿por qué no se debe reconocer este mismo derecho a quien no ve aceptada en una primera revisión jurisdiccional su impugnación frente al acto de nombramiento para el cargo de que se trate a persona distinta de la recurrente? Sobre todo si tenemos en cuenta que, afortunadamente, hoy día se encuentra superada la antigua dicotomía del recurso contencioso-administrativo, en sus dos clases de anulación y de plena jurisdicción, que no sólo actuaban independientemente, sino que, además, se excluían recíprocamente (30); mientras que, por contra, en la actualidad y en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, la parte demandante puede pretender, además de la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, *el reconocimiento de una situación jurídica individualizada*, y la adopción

(30) A lo más que podía llegarse era que, en un mismo procedimiento, el recurrente ejercitara el recurso de plena jurisdicción y, *subsidiariamente*, el de nulidad. Al respecto puede verse el artículo 390 de la Ley de Régimen local de 24 de junio de 1955.

de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda. ¿Y es que, acaso, el reconocimiento de un específico y concreto *status* de funcionario no equivale al de una situación jurídica individualizada? La respuesta afirmativa se impone, sin que admita discusión alguna.

8. RAZONES PRÁCTICAS A TENER EN CUENTA.

Independientemente de que, de acuerdo con nuestra tesis, es admisible *legalmente* el recurso de apelación, lo cierto es que esta posibilidad no significa—como aparentemente pudiera suponerse—que el Tribunal Supremo, en cuanto órgano judicial de segunda instancia, por ello haya de encontrarse con un mayor trabajo. Decimos esto porque en la actualidad, de hecho son muy frecuentes, por no decir casi normales, los supuestos en que ante la duda de si estas cuestiones pueden resultar apelables o no (31), se alega desde un principio el haber incurrido el acto impugnado en *desviación de poder* (32), con lo que—aparte que con harta frecuencia se desfigura esta institución—cuantitativamente y a través de este camino indirecto, el porcentaje de los recursos que llegan a la Sala de lo Contencioso-administrativo de nuestro más Alto Tribunal, es grande en relación con los interpuestos ante las correspondientes de las Audiencias territoriales.

V. CONCLUSION

Hemos visto que legalmente no existe precepto alguno que

(31) Indudablemente, la materia de «personal», ante la ambigüedad del término—e incluso reducido a su alcance procesal—se presta a confusiones a todos los niveles y esferas, de la que la judicial no queda exceptuada. Baste, a título de ejemplo, con observar algunas sentencias, muy actuales y recientes entre sí, donde se señalan apelaciones mal admitidas por las Audiencias territoriales, así las de 28 de junio (3.561) y 12 de noviembre (5.002) de 1969; mientras que, por contra, en otras se admiten apelaciones en cuestiones de separación de personal contratado a quien no se le reconoce la condición de funcionario público, así la sentencia de 29 de mayo de 1969 (3.312); también en supuestos de petición de rehabilitación: sentencia de 26 de enero de 1970 (240).

(32) El artículo 94-2 de la Ley Jurisdiccional permite, en cualquier caso, la apelación siempre que se haya alegado previamente desviación de poder.

expresamente excluya los supuestos de impugnación de nombramiento de funcionarios de la Administración local del recurso ordinario de apelación, en vía contencioso-administrativa.

Por otro lado, no creemos que la jurisprudencia haya abordado de una manera decisiva y unívoca el problema que contemplamos; aunque en una armónica hermenéutica del conjunto de las decisiones judiciales dictadas al respecto, pudiera estimarse que prevalece una cierta inclinación a admitir la posibilidad de la doble instancia de revisión jurisdiccional.

Es del examen total de los diversos aspectos que inciden en el problema de donde tendremos que partir para establecer una conclusión definitiva; que en nuestra opinión es la de estimar que legalmente es posible el recurso de apelación ante el Tribunal Supremo contra sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias territoriales, en materia de nulidad de nombramientos de funcionarios de la Administración local; por cuanto la dicha nulidad—y calificando la cuestión como de personal—debe equipararse plenamente a los supuestos de separación de empleados públicos, a efectos de lo prevenido en el artículo 94-1-b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956; en razón a que las consecuencias que se derivan para los interesados son idénticas, por no decir más gravosas, a las originadas por causa de destitución impuesta como sanción disciplinaria; habiendo sido de siempre la intención del legislador el ofrecer el máximo de garantías a las personas afectadas en su concreto *status* funcional, tanto en el momento de su extinción como en el de la creación o modificación; a todo lo cual hay que añadir la interpretación restrictiva que debe darse al precepto que establece la excepción de la apelación.

