

## **NOTA SOBRE LA NECESIDAD DE RECURRIR CONTRA EL REAL DECRETO-LEY 8/2010, NÓMINA POR NÓMINA.**

### **1.- Planteamiento.**

Se han planteado opiniones procesales que los Sindicatos más representativos han hecho públicas en mensajes donde se cuestiona la necesidad de que los funcionarios afectados por el recorte de salarios acaecido por la aplicación del Real Decreto-Ley 8/2010 tengan que recurrir nómina por nómina, mensualmente, tal y como sostiene FEDECA, incluso señalando que esta estrategia perjudica gravemente los derechos subjetivos e intereses legítimos de tales funcionarios.

A tal efecto, se sostienen por parte de tales Sindicatos dos posturas que resumidamente pasamos a explicar:

- a) Tras una eventual sentencia del Tribunal Constitucional, se podría recurrir una nómina cualquiera en la que se hubiera aplicado la reducción, con la pretensión de retrotraer sus efectos económicos dentro del plazo de prescripción de 4 años, de suerte que incluso sería perjudicial para el funcionario haber interpuesto recursos contra las nóminas y que éstos hubieran sido desestimados, pues habrían devenido firmes e inatacables para el ejercicio de esta opción.

Hacer constar que tampoco se expresa esta postura procesal con esta claridad, pero parece que es lo que se quiere transmitir.

- b) En segundo lugar, subsidiariamente, que siempre, tras esa eventual sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad, cabría la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por la ilegalidad declarada del Real Decreto-Ley, para obtener aquello que se detrajo indebidamente. Con el mismo razonamiento de que a ello empecería el hecho de que el funcionario hubiera recurrido y hubiera visto desestimadas sus pretensiones en la vía contencioso-administrativa, recurriendo mes a mes las nóminas.

### **2.- Análisis inicial de la cuestión.**

En primer lugar, hemos de decir que la primera postura que plantean los Sindicatos más representativos sería plenamente acertada para el caso de que un funcionario recurriera sus nóminas por cualquier concepto **establecido en los Reglamentos administrativos**. Pero olvidan que aquí el recorte se establece por norma con rango de Ley formal –el Real Decreto-Ley– y que es el Tribunal Constitucional quien debe declarar su ilegalidad, con lo cual, la jurisprudencia que se pueda citar en apoyo de esta tesis es absolutamente inaplicable al caso que nos ocupa. Dicha jurisprudencia existe en alguna medida, no siendo unánime y consíderese que por tratarse de cuestiones de personal las que se plantean, que no admiten recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, es sólo jurisprudencia de Sala de Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y que cada uno de los existentes en España puede aceptarla o rechazarla o incluso modificar la suya anterior, mediante sus propios argumentos, no estando vinculados por la que emitan otros órganos jurisdiccionales del mismo rango. Insistimos en que el caso que resuelven aquellas sentencias no es de aplicación al que es objeto de estudio en el que la norma de cobertura del acto recurrido es una norma con rango de Ley declarada ulteriormente como inconstitucional.

La segunda postura, la relativa a la responsabilidad patrimonial, se ha abierto camino tímidamente en la actualidad, de modo muy prudente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en dos casos: aquéllos en los que el Tribunal de la Unión Europea declara la indebida transposición de Directivas por parte del legislador español y el caso del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, anulado por Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo.

- a) En el primer caso, tenemos que señalar que esta postura jurisprudencial aún no se ha pronunciado sobre el caso de que el afectado por la ilegalidad de la Ley española tenga o no la obligación de recurrir los actos singulares de su aplicación en orden a tener derecho a la devolución que cantidades que hubo de pagar por aplicación de aquéllos. Y en cualquier caso, diga lo que diga sobre este supuesto, después veremos que la solución que se adopte puede variar

respecto a nuestro caso, por la intervención aquí del Tribunal Constitucional y de su ley reguladora.

- b) Respecto al segundo supuesto, más cercano al presente supuesto, se ha reconocido la responsabilidad del Estado legislador en el caso de un empresario que tuvo que pagar de su bolsillo los salarios de tramitación que el Real Decreto-Ley “se olvidó” de recoger en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores –y concordantes 116 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral–, porque el Tribunal Constitucional declaró nulo por ilegal el Real Decreto-Ley (al no existir causa de extraordinaria y urgente necesidad para su promulgación). Veremos a continuación como en este segundo supuesto, también queda de mejor condición hacia el futuro el funcionario que recurre sus nóminas que el que no.

### **3.- Alcance y efectos de una eventual sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. Supuestos.**

Como venimos diciendo, el quid de la cuestión objeto de análisis es que la única posibilidad de que el funcionario recupere aquello que le ha sido detraído por aplicación del Real Decreto-Ley 8/2010 es que el Tribunal Constitucional dicte sentencia estimando la cuestión de inconstitucionalidad sobre esta norma, supuesto que los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria decidan plantear la cuestión.

Esto es así porque el propio Tribunal Constitucional establece que tiene competencia para interpretar y determinar el alcance de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley. Lo veremos con claridad en el ejemplo que se señala al final de esta nota.

Es muy cierto que el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que por la declaración de inconstitucionalidad no reviven los procedimientos contencioso-administrativos que hayan terminado ya por sentencia firme –salvo los de carácter sancionador, concepto que aquí evidentemente queda excluido–, pero, en primer lugar, también lo es que, desde el momento en que la cuestión sea planteada ante el Tribunal Constitucional, FEDECA elaborará un escrito para que todos los funcionarios soliciten al órgano jurisdiccional que conoce de sus recursos contencioso-administrativos la suspensión de los que se hallan en tramitación hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie, quedando el recurso en el que la cuestión se ha planteado como pleito testigo, cuyos efectos, una vez dictada sentencia, se extenderán a los que encuentran en suspenso, sin que estos procesos adquieran firmeza. Es razonable que esta causa de suspensión sea admitida por los Tribunales e incluso que a ella ni siquiera se oponga la Abogacía del Estado al efecto de conseguir una más tranquila y económica tramitación de los recursos.

En segundo lugar, téngase en cuenta los inconvenientes y, sobre todo, la inseguridad que plantea la estrategia contraria, la de no recurrir la nómina. La nómina es un acto administrativo singular que, si no se recurre en los plazos fijados por la Ley –Ley 30/1992, de 26 de noviembre y Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– deviene firme. La posibilidad de que después de quedar firme, se pueda recuperar lo indebidamente detraído es muy insegura, como ya apuntábamos anteriormente, porque: en primer lugar, la extensión de efectos retroactivos dentro del plazo de prescripción obsta a lo señalado en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –en su redacción vigente, recientemente modificada en este punto– cuando no permite extender los efectos de un recurso a actos anteriores que no hayan sido recurridos en tiempo y forma; en segundo lugar, porque, ya se ha dicho, la jurisprudencia menor que lo ha permitido hasta ahora no es del Tribunal Supremo, no tienen por qué seguirla todas las Salas de los Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma y pueden en cualquier momento cambiarla; en tercer lugar, porque se ha modificado recientemente la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que impide la extensión de efectos y es posible que esta modificación legislativa comporte la de la jurisprudencia misma; y, en cuarto lugar y sobre todo, por el razonamiento evidente, muchas veces consignado en la jurisprudencia contencioso-administrativa, de que no puede en Derecho quedar de peor condición aquél que pone todo su esfuerzo y diligencia en recurrir, para no consentir el acto lesivo, que aquel otro que se sitúa en la holganza y espera, “a ver qué pasa con los recursos que otros han llevado al Constitucional”.

Respecto a esta cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador tenemos que señalar que se admite muy tímidamente en nuestra jurisprudencia y es evidente que la Sala Tercera del Tribunal Supremo podrá decir (porque hasta ahora, no ha dicho ni que sí, ni que no) que por esta vía lo que no se puede es pretender revivir una nueva vía de recurso respecto al acto que en su momento el funcionario optó por dejar firme, sin recurrirlo, dado que entonces el daño patrimonial se lo ha causado él mismo con su inactividad.

En suma, que la jurisprudencia constitucional y ordinaria, en estos casos en los que ha declarado la ilegalidad de una norma con rango de Ley siempre ha exigido que el destinatario de su acto de aplicación no se haya situado en una actitud meramente pasiva frente al acto, esperando el resultado del recurso de otros, sino que debe ser él, si quiere que en el futuro le pueda afectar el pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional, quien tome la iniciativa y no se conforme con la lesión de sus derechos subjetivos e intereses legítimos. Parece, además, ésta, una posición lógica y razonable.

Si se sigue la postura de los Sindicatos más representativos y se adopta una actitud meramente pasiva frente a las nóminas, esperando que se resuelva el recurso que los mismos sindicatos han interpuesto (nunca en nombre de los funcionarios, lo que no es posible en esta jurisdicción, sino en su propio nombre y derecho) ante la Audiencia Nacional, en el caso de que el Tribunal Constitucional estime la cuestión de inconstitucionalidad, las posibilidades de obtener lo deseado en cada nómina son muy escasas, por no decir, nulas; mientras que si se recurre nómina a nómina, es posible que algunos órganos jurisdiccionales desestimen el recurso sin plantear la cuestión ni suspender el curso de las actuaciones procesales, pero entonces, en el futuro, el funcionario afectado siempre podrá acudir a una de esas dos vías que se plantean, con muchísimo mayor fundamento, con el razonamiento de que él no sólo no se conformó con la nómina, sino que la recurrió, solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la suspensión del procedimiento hasta que se resolviera ésta, el órgano jurisdiccional, equivocadamente, no estimó oportuno plantearla ni suspender el proceso, otros órganos jurisdiccionales sí lo hicieron, el Tribunal Constitucional falló en nuestro favor y, entonces, resulta que no sólo es que se pueda hipotéticamente recurrir una nómina y pretenden retrotraer los efectos hacia el pasado dentro del plazo de prescripción o poder abrir la vía de la responsabilidad del Estado legislador, es que, incluso –opción no prevista por los Sindicatos– podría existir la vía de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que regulan los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con dos argumentos más: tanto porque el órgano jurisdiccional no suspendió la tramitación del recurso cuando ya había sido planteada la cuestión por otro órgano jurisdiccional y admitida por el Tribunal Constitucional y, además, porque este órgano judicial no planteó la cuestión, debiendo hacerlo dado que estamos en el escenario en el que el Tribunal Constitucional ha estimado ya ésta.

En todo caso, insistimos, el aquietamiento frente a la detracción de cada nómina, siendo ésta, según consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, acto administrativo independiente que se genera mes a mes, es una muy mala estrategia procesal, por los riesgos que comporta, frente a la interposición de los recursos.

#### **4.- Precedentes.**

Sirva de ejemplo de lo que decimos, con ánimo no exhaustivo, el siguiente supuesto, ya decidido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La redacción antigua del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establecía que cuando entre el valor declarado y el comprobado por la Administración hubiera una diferencia del 20%, siempre que ésta fuera superior a 2.000.000 de pesetas, el exceso debía tributar como Impuesto sobre Donaciones a un tipo obviamente muy superior.

Interpuesto en este caso recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del precepto sobre la base de que tenía carácter sancionador y no cumplía con los requisitos propios de este régimen (trámite de alegaciones, propuesta de resolución, etcétera).

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional que así lo declara es la 194/2000 de 19 julio, la cual, en su último fundamento –duodécimo– señala expresamente:

*“Antes de pronunciar el fallo a que el mismo conduce sólo nos resta precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que lo integra. Pues bien, **al igual que en otras ocasiones**, y por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), conviene declarar que únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC)”.*

Ya se ha expuesto que existe el riesgo de que algún órgano jurisdiccional resuelva desestimando el recurso contra la nómina, sin suspender la tramitación del proceso y sin elevar la cuestión de inconstitucionalidad y ya se han dado las posibles soluciones al respecto, fundadas sobre todo, en la idea de que el funcionario hizo todo cuanto en su mano estuvo. Pero lo que queda claro es que quien ni tan siquiera haya hecho el esfuerzo de impugnar su nómina, se ha generado él mismo su propia indefensión, ha consentido el daño patrimonial que la Administración le causa, ha adoptado una posición negligente respecto a la defensa de sus intereses, interesada e insolidaria en el sentido de pretender aprovecharse del esfuerzo de los demás sin hacer él nada y muy difícilmente, entonces, en su día, cuando eventualmente se dicte una sentencia que declare la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/2010 podrá, con alguna posibilidad de éxito, pretender obtener aquello en lo que fueron detraídos sus haberes en cada nómina mensual, pues su nómina, por su desidia, quedó ya firme y consentida por no haber sido recurrida en tiempo y forma. Si no se abre la vía del recurso contra la nómina y se trata de mantener viva hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie, las posibilidades de obtener el reintegro de lo deducido no se basan más que en especulaciones o hipótesis jurídicas voluntaristas, ayunas de cualquier apoyo jurisprudencial en el presente y absolutamente heterodoxas respecto al correcto y pacífico entendimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa como una jurisdicción revisora de actos administrativos.

Dicho de otra forma: ante los riesgos que plantea recurrir o no recurrir la nómina cada mes, es evidente que se encuentra en mejor situación jurídica, de cara a ulteriores procesos, quien la recurre, que quien no.

Madrid, 1 de diciembre de 2010.