|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 792/1986 |
| Fecha | de 15 de octubre de 1986 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León y don Eugenio Díaz Eimil. |
| Núm. de registro | 476-1986 |
| Asunto | Recurso de amparo 476/1986 |
| Fallo | Por lo expuesto la separación del recurrente no se debió a un procedimiento disciplinario, sino al ejercicio de una potestad discrecional atribuida a la Administración de que dependía. Cierto es que discrecionalidad no es arbitrariedad. Aunque el recurrente fuese un interino se debió seguir un procedimiento en el que se le concediese audiencia. Pero aunque la omisión de la misma haya sido una irregularidad, resulta, como muy bien razona la Sentencia impugnada, que tal irregularidad se ha subsanado en la reposición y en la vía contenciosa, donde el recurren te ha podido exponer ampliamente sus alegaciones.  Segundo.- Finalmente hay que señalar que no se advierte ninguna posible violación del derecho a la igualdad, en -los términos en que el solicitante de amparo lo alega, pues sin entrar en la veracidad o exactitud de la afirmación de nepotismo y de haber determinado su cese con objeto de colocar a otra persona, lo cierto es que tales hechos, si fueran ciertos hipóte ticamente, constituirían una desviación de poder, sólo susceptible de transformarse en lesión constitucional del derecho a la igualdad, si una vez denunciada y probada no hubiera resultado atendida, por lo que tal y como ahora se nos plantea queda fuera del ámbito de la justicia constitucional.  Por lo expuesto, la Sección ha acordado la inadmisión del recurso de amparo promovido por don Juan José Bernabé Esteban . |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Por escrito que tuvo su entrada en este Tribunal el 6 de mayo de 1986, doña Esther Rodríguez Pérez, Procuradora de los Tribunales, interpuso recurso de amparo constitucional en nombre y representación de don Juan José Bernabé Esteban contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 7 de marzo de 1.986. Se pide en la demanda que previa declaración de nulidad de la

resolución impugnada se conceda al solicitante de amparo el derecho a no verse discriminado, ni despojado de la tutela jurídica efectiva e indefenso, por su cese como funcionario interino, sin expediente alguno y sin posibilidad de rebatir afirmaciones basadas en pruebas desconocidas.

La demanda se funda en los siguientes hechos:

a) Juan José Bernabé Esteban ocupaba un puesto de auxiliar interino de la Administración de Justicia y el 31 de marzo de 1.982 fue cesado en el mismo por comunicación que elevó al Ministerio de Justicia por el Presidente de la Audiencia Nacional en la que se afirmaba que: "Ha demostrado a lo largo de su actuación, que carece de preparación, así como sentido de disciplina y asiduidad".

b) El cese del solicitante de amparo carece "según él" de base por no existir expediente previo, y por faltar incluso una mera información. No se le dio audiencia alguna, ni oportunidad para defenderse, ya que sólo se puso en su conocimiento la comunicación de que se ha hecho mérito en el apartado a). La Sentencia que se impugna sostiene que el solicitante de amparo tuvo ocasión de defenderse en el recurso de reposición y en el recurso contencioso administrativo, donde pudo alegar todo lo que a su derecho convenía. Pero considera que tal tutela constituyó una mera apariencia y que en realidad nos encontramos ante una falta de tutela jurídica eficaz, con absoluta indefensión, al exigirse al solicitante de amparo la refutación de hechos que desconoce.

c) La Abogacía del Estado, en el recurso contencioso administrativo, no encontrando base para oponerse a la demanda, pensó en la posible legalidad del cese con base distinta por la posible ocupación de las plazas por funcionarios que las ganaran por oposición, pero se probó que esta circunstancia no se había producido. Considera el solicitante de amparo que el hecho de que el Abogado del Estado buscase una razón del cese se debe a que no existía tal razón legal resultando por el contrario que se cesó al recurrente para colocar a otros interinos, lo que evidencia el hecho de una discriminación sufrida por el solicitante de amparo.

d) La Sala aplica, en la Sentencia el artículo 79 del Decreto 1.362/69, de 6 de junio, un precepto que es contrario a la Constitución puesto que permitiría una actividad arbitraria de la Administración totalmente exenta del control de los Tribunales de justicia.

Los fundamentos jurídicos de la demanda son los siguientes:

a) Se ha vulnerado el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Falta la tutela judicial efectiva en cuanto la resolución impugnada se basa en la supuesta existencia de un procedimiento administrativo sancionador, pero ni en el expediente administrativo, ni en lo actuado en vía contenciosa, se ha otorgado al solicitante de amparo más que una tutela jurídica formal; esto es, procedimientos, resoluciones y sentencia formal. Más, en realidad se le ha negado la tutela jurídica eficaz, al basarse el fallo sólo en comunicación sin prueba alguna.

b) Se ha producido además la indefensión total del solicitante de amparo, al no habérsele dado vista del supuesto "expediente". Nada importa que existiesen oportunidades procesales para la defensa, ya que lo que pretende razonarse, determinando el fallo, es nada más y nada menos exigir al recurrente una prueba negativa.

c) Se ha vulnerado asimismo el derecho establecido en el artículo 14 de la Constitución, discriminando al recurrente frente a otra persona que ha sido colocada en su puesto.

d) La estimación como precepto aplicable del artículo 79 del Decreto 1.362/69 es absolutamente contraria a la Constitución en su integridad y genera indefensión y falta de tutela jurídica eficaz, así como la discriminación más arbitraria, al admitirse en la Sentencia objeto del recurso que los auxiliares

y agentes interinos "serán separados cuando se estime conveniente" .

Este precepto vulnera cualquier derecho de todos los humanos imaginables, ya que un interino tiene un contrato y pese a lo que diga el artículo 79 del Decreto 1.362/69, no puede admitirse una separación y vulneración contractual arbitraria. Este precepto no puede entenderse vigente a partir de la Constitución.

2. La Sección Primera de este Tribunal, en su reunión del dia 2 de julio pasado, acordó poner de manifiesto en este asunto la posible existencia de las siguientes causas de inadmisión: 1ª) la regulada por el artículo 50.1.b) en relación con el 49.2 de la Ley Orgánica del Tribunal por no acompañarse copia, traslado o certificación de la resolución recurrida; 2ª) la del artículo 50.2.b) de la misma Ley por cuanto la demanda pudiera carecer de contenido que justifique una decisión de este Tribunal. Por ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 de la referida Ley Orgánica se otorgó un plazo común de diez dias al solicitante del amparo y al Ministerio Fiscal a fin de que dentro de él pudieran alegar lo que estimaran conveniente .

Dentro del plazo referido el solicitante del amparo ha presentado su escrito de alegaciones en el que manifiesta que el error material de no haber acompañado con el escrito inicial copia de la resolución recurrida había quedado subsanado mediante la aportación de dicha copia en escrito fechado en 8 de mayo del corriente año. En el escrito de alegaciones se afirma asimismo que la demanda posee contenido constitucional porque se tacha de inconstitucional el artículo 79 del Decreto 1362/69, porque no se le ha proporcionado la tutela jurídica eficaz que exige la Constitución, porque careció de toda posibilidad de defensa, ya que no hubo ni expediente de pruebas; y porque es imputable a la Administración y a la resolución impugnada una violación del artículo 14 de la Constitución, ya que, en realidad, se gún dice, se le echó por las buenas y sin mas, para colocar a otra persona en su lugar lo que constituye un nepotismo y proporciona a su recurso el mas claro contenido constitucional.

El Fiscal, por su parte, ha pedido la inadmisión de este asunto, señalando que la resolución impugnada, obtenida por el solicitante de amparo, es una resolución de fondo, razonada y sólidamente fundada, que satisface el derecho fundamental a la tutela judicial, que el solicitante del amparo esgrime, aunque le haya sido desfavorable. Señala también el Fiscal que es ahora en esta recta cuando se cuestiona la inconstitucionalidad del Decreto, haciéndolo ex novo y per saltum, sin haber sometido el tema al órgano jurisdiccional.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional (artículo 50.2.b) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

El recurrente era un auxiliar interino de la Administración de Justicia; en cuanto funcionario de empleo podía ser separado libremente (artículo 102 Ley de Funcionarios, Texto articulado de 7 de febrero de 1964), como expresamente se establecía en el artículo 79 del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal, según el cual "el Ministerio de Justicia podrá nombrar Oficiales, Auxiliares y Agentes interinos para atender las necesidades del servicio: tomarán posesión en el plazo señalado en el artículo anterior; serán separados cuando se estime conveniente y, en todo caso, cuando se provea la vacante en propiedad, y no adquirirán derecho alguno en los Cuerpos respectivos".

Que la normativa de referencia sea preconstitucional no excluye su plena adecuación a los principios básicos sobre acceso a la función pública que inspiran la Constitución Española. En efecto, el artículo 20.2 de la Ley de Medidas para la re forma de la Función Pública restringe el sistema de provisión interina de puestos de trabajos en la Administración. Y es lógico que así sea por cuanto tal sistema contradice el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos. Esa desviación frente a los sistemas normales de provisión de puestos en la Administración es lo que justifica que al interino no se le reconozca un "ius ad officium" (Artículo 20.3 Ley 30/1984) ni inamovilidad. Su nombramiento está sometido además a la condición resolutoria de la provisión de la plaza por el procedimiento legal .

ACUERDA

Por lo expuesto la separación del recurrente no se debió a un procedimiento disciplinario, sino al ejercicio de una potestad discrecional atribuida a la Administración de que dependía. Cierto es que discrecionalidad no es arbitrariedad. Aunque el recurrente fuese un interino se debió seguir un procedimiento en el que se le concediese audiencia. Pero aunque la omisión de la misma haya sido una irregularidad, resulta, como muy bien razona la Sentencia impugnada, que tal irregularidad se ha subsanado en la reposición y en la vía contenciosa, donde el recurren te ha podido exponer ampliamente sus alegaciones.

Segundo.- Finalmente hay que señalar que no se advierte ninguna posible violación del derecho a la igualdad, en -los términos en que el solicitante de amparo lo alega, pues sin entrar en la veracidad o exactitud de la afirmación de nepotismo y de haber determinado su cese con objeto de colocar a otra persona, lo cierto es que tales hechos, si fueran ciertos hipóte ticamente, constituirían una desviación de poder, sólo susceptible de transformarse en lesión constitucional del derecho a la igualdad, si una vez denunciada y probada no hubiera resultado atendida, por lo que tal y como ahora se nos plantea queda fuera del ámbito de la justicia constitucional.

Por lo expuesto, la Sección ha acordado la inadmisión del recurso de amparo promovido por don Juan José Bernabé Esteban .

Madrid, a quince de octubre de mil novecientos ochenta y seis.