|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 163/1989 |
| Fecha | de 3 de abril de 1989 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don Francisco Rubio Llorente, don Eugenio Díaz Eimil y don José Luis de los Mozos y de los Mozos. |
| Núm. de registro | 1452-1988 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.452/1988 |
| Fallo | En atención a lo expuesto, la Sección acuerda la inamisión del recurso y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 9 de agosto de 1988, don Alberto Alonso Gutiérrez, Letrado en ejercicio del ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, en su propio nombre, interpuso recurso de amparo contra la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 16 de enero de 1986, por la que se le cesó de su cargo de Secretario del Ayuntamiento de Santo Adriano (Asturias), en régimen de acumulación, con efectos retroactivos al 22 de marzo de 1984. Asimismo, el recurso se dirige contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988, que conoció en apelación del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la referida Resolución.

2. La demanda se funda en los siguientes antecedentes:

Por resolución de 21 de febrero de 1984, la Dirección General de Administración Local cesó al ahora recurrente en su cargo de Secretario, por acumulación del Ayuntamiento de Santo Adriano, no indicándose los motivos determinantes del cese ni los recursos procedentes contra la misma; por lo que, solicitado que se practicase la notificación en forma, por Resolución de 20 de septiembre de 1984 se ratificó la anterior y, finalmente, interpuso recurso de reposición, se dictó nueva Resolución el 16 de enero de 1986, que confirmó el cese con efectos retroactivos al 22 de marzo de 1984.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/1978, la Audiencia Nacional desestimó la demanda, e interpuso recurso de apelación la Sentencia de 14 de julio de 1988 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo declara indebidamente admitida la apelación, al entender que el asunto versa sobre cuestión de personal que no implica la separación de empleado público inamovible.

3. Se impugna por el recurrente, en primer término, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988, por cuanto en la misma no se entra a conocer el fondo del asunto, al declarar inadmisible el recurso de apelación, vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 de la Constitución.

La vulneración se produce, en concreto, por la interpretación restrictiva que del derecho a los recursos ha realizado el Tribunal Supremo, ya que el asunto debatido en primera instancia no versaba estrictamente sobre «cuestiones de personal», como lo prueba el hecho de haberse seguido el cauce de la Ley 62/1978 para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Lo que se discutió en primera instancia fue la legalidad de la retroactividad de una resolución limitativa de derechos, la existencia o no de sanción encubierta en el cese, etc., cuestiones todas ellas, afirma el recurrente, referentes a la vulneración de derechos fundamentales, que son independientes de la condición de funcionario del recurrente; razón por la cual, al darse aplicación al art. 94.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en una interpretativa amplia del mismo, se ha incurrido en lesión del señalado derecho fundamental.

De otra parte, dado que el cese no es más que una sanción encubierta que conlleva una gran trascendencia económica -sólo en cuanto a sus efectos retroactivos, la pérdida de las retribuciones de casi dos años-, procede el recurso de apelación por analogía con el Derecho Penal, en aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y además, como quiera que el ahora recurrente sólo podía cesar cuando la plaza fuera cubierta en propiedad o se efectuara un nombramiento interino, lo que aún no ha sucedido, hay que concluir que, mientras tal situación dure, su nombramiento en régimen de acumulación determina su inamovilidad y, por tanto, la separación ordenada es susceptible de recurso de apelación [art. 94.1 a) LJCA].

Alega el recurrente, en segundo lugar, que la resolución administrativa de 16 de enero de 1986 incurre, asimismo, en vulneración del derecho a la igualdad ante la lev y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 de la C.E.); derecho que comprende también el derecho a permanecer en los cargos y a la no remoción, si no es por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Pues bien, en la resolución que se impugna, ni tan siquiera se mencionan las causas del cese, afirmándose -así figura en el expediente administrativo- que no se trata de una sanción, si bien también se afirma que el «comportamiento del hoy recurrente se puede calificar de desleal y contradictorio frente a la Corporación en la que ejercitaba sus funciones». Ello pone de manifiesto que, sin causa justificada, se ha producido una sanción encubierta, dada la referencia al «comportamiento desleal», y, sin embargo, no se ha tramitado el correspondiente expediente disciplinario en el que seria inexcusable el trámite de audiencia al interesado, por lo que ha habido también indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución y violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la C.E). Por lo demás, la Resolución impugnada atenta contra el derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que no constituyan delitos, falta o infracción administrativa, ya que, tratándose de una sanción encubierta, es evidente que se ha impuesto sin causa alguna para ello.

El recurrente solicita, finalmente, de este Tribunal, que se declare nula la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1988, ordenando a la Sala dicte otra Sentencia en la que entre a conocer del fondo del asunto, sin que quepa apreciar la causa de inadmisibilidad en que se ha fundamentado el fallo, y, con carácter subsidiario, se solicita, asimismo, la declaración de que la resolución de 16 de enero de 1986 impugnada atenta contra los derechos reconocidos en los arts. 14, 23.2, 24.1 y 2 y 25.1 de la Constitución, dejándola, por tanto, sin efecto.

4. Por providencia de 16 de enero de 1989, la Sección acordó, en aplicación del art. 50.3 y 5 de la LOTC, conceder a la parte demandante el plazo de diez días para que subsanase la falta de aportación de la Resolución recurrida de la Dirección General de Administración Local de 16 de enero de 1986 y poner de manifiesto a la misma parte y al Ministerio Fiscal la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 50.1 c), por carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda, a fin de que en el plazo común de diez días formulasen las alegaciones que estimasen pertinentes.

5. El demandante de amparo aportó, con escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 7 de febrero, una amplia documentación en la que figura la resolución recurrida y solicitó la admisibilidad del recurso por no concurrir la causa del art. 50.1 c) de la LOTC, formulando en su fundamento alegaciones que, en esencia, son reproducción ampliada de las contenidas en el escrito de demanda. Se extiende, no obstante, en una serie de consideraciones sobre el efecto retroactivo de la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 16 de enero de 1986, afirmando que es absurdo señalar como fecha del cese la de 22 de marzo de 1984, porque la Resolución de 21 de febrero del mismo año no fue debidamente notificada; razón por la cual se dictó la de 20 de septiembre, en la que se dice que el cese se producirá el día siguiente de su notificación. Por ello, se ha infringido la prohibición de la reformatio in peius, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la Constitución.

6. El Ministerio Fiscal interesó la inadmisión del recurso conforme al art. 50.1 c) de la LOTC, con arreglo a los siguientes razonamientos:

En relación a la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró mal admitida la apelación substanciada ante el mismo, recuerda el Fiscal que en el procedimiento contencioso-administrativo contemplado en la Ley 62/1978 no se contienen recursos distintos a los establecidos en la LJCA, por lo que, si en materia de personal no existe apelación, no existirá tampoco en el procedimiento especial de la Ley 62/1978, si la materia a que se contrajo era de personal, como aquí evidentemente ocurrió.

Y, en cuanto a la resolución administrativa, no se adviene la vulneración alegada del derecho a acceder a la función pública, pues tal derecho no comprende el de acceder a un cargo determinado, sino, en general, a la función pública, lo que al recurrente en ningún momento se le ha impedido. También la indefensión alegada carece de consistencia, ya que los órganos judiciales no participaron en el cese del demandante, y si esa indefensión, como parece, pretende situarse en su no intervención en lo que llama procedimiento sancionador, será preciso tener en cuenta que la falta de audiencia en los expedientes administrativos es defecto cuya reparación hay que perseguir ante los órganos judiciales. Por último, no se alega que no exista ley que ampare una posible sanción, sino que ha existido una sanción encubierta en el cese decretado; por lo que el principio de legalidad no puede amparar el alegato del recurrente. En realidad, se trataría más bien de un problema de subsunción de una conducta en la norma sancionadora: aspecto que queda fuera, en línea de principio, de la garantía dispuesta en el art. 25.1 de la Constitución.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Con carácter previo al análisis de las vulneraciones de los derechos fundamentales en que, según la demanda de amparo, incurre, de una parte, la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que se impugna y, de otra, la resolución administrativa que decretó el cese del recurrente en el cargo de Secretario para el que, por acumulación, fuera nombrado, conviene poner de manifiesto la relación existente entre una y otra imputación en conexión, además, con el petitum de la demanda.

El demandante, con carácter principal, solicita la anulación de la Sentencia que declaró inadmisible el recurso de apelación, por estimar que dicha resolución judicial vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con lo que resulta evidente que, si se llegara a apreciar la existencia de la vulneración denunciada, y se otorgara el amparo, la consecuencia no podría ser otra que la declaración de nulidad de aquélla, ordenando a la Sala dictara otra entrando a conocer del fondo del asunto.

Pero se alega, asimismo, que la resolución administrativa en virtud de la cual fue cesado en el cargo que venía ostentando ha vulnerado una serie de derechos fundamentales, por lo que, con carácter subsidiario, solicita también que dicha resolución sea declarada nula de pleno derecho. Es obvio que esta pretensión, subsidiaria de la anterior, priva de alcance efectivo a la anterior, ya que, si se entra por este Tribunal en el enjuiciamiento de las lesiones imputadas a la resolución administrativa, cualquiera que sea el sentido de la conclusión alcanzada hará ya superfluas las consideraciones que la Sentencia impugnada pueda merecer y, en concreto, el pronunciamiento que sobre la nulidad o no de la misma pudiera adoptarse.

En definitiva, teniendo en cuenta que en la vía judicial previa el recurrente no planteó como vicios de ilegalidad de la resolución administrativa impugnada sino la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14, 17, 23.2, 24.1 y 25.1 de la Constitución, alegación que en lo sustancial ahora se reproduce, parece claro que cualquiera que sea el sentido del pronunciamiento de este Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de las vulneraciones imputadas a la resolución administrativa, quedará ya sin efectividad el pronunciamiento que, como pretensión principal, sobre la vulneración del art. 24.1 por la Sentencia, también impugnada, se solicita. Si la resolución administrativa lesionó todos o alguno de los derechos fundamentales alegados, y así se declara, será innecesario que la Sala Quinta del Tribunal Supremo dicte, en su caso, nueva Sentencia. Pero si se estima que la resolución administrativa ningún derecho fundamental ha vulnerado, tampoco tendría ya sentido que, de apreciarse vulneración del art. 24.1 de la Constitución por la Sentencia impugnada, se ordenase al Tribunal Supremo dictar nueva Sentencia sobre el fondo del asunto, dado que su juicio no podría alcanzar a cuestiones que no hubieran sido ya resueltas por este Tribunal Constitucional.

Por ello, a pesar de los términos del petitum de la demanda de amparo, resulta oportuno analizar con carácter previo y principal las presuntas vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14, 23.2, 24.1 y 2 y 25.1 de la Constitución en que, según el recurrente, incurre la resolución administrativa combatida, teniendo bien presente el efectivo alcance de la conclusión a la que puede llegarse respecto de la pretensión principal de la demanda.

2. Alega el demandante de amparo que la resolución administrativa en virtud de la cual fue cesado del cargo de Secretario vulnera el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y a la no remoción de los mismos si no es por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 14 y 23.2 de la Constitución).

Planteada así la cuestión, lo que, con carácter previo, hay que determinar es la regulación jurídica a la que queda sujeto el desempeño del puesto de Secretario en régimen de acumulación, y, consiguientemente, los derechos que puedan asistir en orden a la efectiva prestación del mismo y las causas determinantes, si las hubiera, del cese de dicha situación, respecto de lo cual hay que decir que, no obstante la parquedad de esa regulación, tanto del art. 72.2 del Texto articulado procesal de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3.046/1977, de 6 de octubre, como de lo dispuesto ahora en el Real Decreto 1.174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación nacional, puede afirmarse que, producido el nombramiento en régimen de acumulación, ese nombramiento debe durar el tiempo indispensable hasta que se produzca la provisión del puesto, lo cual no excluye la posibilidad de una revocación anticipada del nombramiento aun cuando no se haya materializado esa provisión. Y es que no puede desconocerse que la Administración dispone de una amplia gama de posibilidades en orden a cubrir transitoriamente aquellos puestos de trabajo vacantes, sin que quede condicionada por tales nombramientos en cuanto que pueden ser revocados en cualquier momento. Así se prevé expresamente para los nombrados interinamente, y así se prevé también para los nombramientos provisionales, y, aun cuando no se prevé expresamente en aquellos supuestos de nombramiento en régimen de acumulación, la similitud de situaciones debe propiciar idéntica conclusión.

La consecuencia, en definitiva, es que, no gozando de inamovilidad alguna el nombrado en régimen de acumulación, y disponiendo la Administración de la facultad necesaria para ordenar el cese en cualquier momento, el derecho que reconoce el art. 23.2 de la Constitución no puede alcanzar a tales situaciones. Por tanto, la alegada vulneración del derecho fundamental ex art. 23.2 -y consiguientemente del art. 14- de la Constitución queda desprovista de todo fundamento y la demanda, por ello, incursa en la causa de inadmisibilidad del art. 50.1 e) de la LOTC.

3. Tampoco puede apreciarse la pretendida vulneración del art. 25 de la Constitución. El cese, por el hecho de no ajustarse a la causa específica a la que, según el recurrente, necesariamente queda sujeto aquel, no puede decirse que encubra una sanción. Ya se ha dicho que el cese, en estos casos, no queda vinculado a la concurrencia de causas tasadas (en concreto, provisión del puesto mediante concurso en propiedad o nombramiento interino, tal como alega el recurrente), dada la singularidad de la situación que permite a la Administración ordenar el cese en cualquier momento. Por tanto, en el presente caso no hay lugar a apreciar vulneración del derecho fundamental ex art. 25.1 de la Constitución por razón exclusiva del cese, cualquiera que fuera la causa.

4. Respecto de la vulneración del derecho a la no indefensión (art. 24.1 Constitución) el fundamento es el mismo que en relación a la alegada vulneración del art. 25.1 de la Constitución, lo que, en este caso, evidencia su falta de contenido constitucional, ya que la indefensión se argumenta sobre la hipótesis de haber sido cesado sin tramitar el correspondiente expediente disciplinario y sin trámite de audiencia, por lo que las consideraciones expuestas en el punto anterior serian ahora reproducibles. Pero es que, además, aun en la hipótesis de que la resolución encubriera una sanción, el recurrente acudió a la jurisdicción, en la que pudo plantear y alegar lo que a su derecho e interés convino, sin que se produjese en dicha sede jurisdiccional vulneración alguna del referido derecho a la no indefensión, lo cual abunda en la conclusión de la falta de contenido constitucional de la demanda en este extremo.

5. Ninguna vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) cabe apreciar, asimismo, en el pretendido carácter retroactivo de la resolución administrativa que se impugna, ya que fue con fecha 22 de marzo de 1984 cuando al recurrente le fue notificada la resolución de 21 de febrero de 1984 por la que se disponía su cese, sin que las actuaciones subsiguientes a la misma, debido a la protesta formal que, contra lo que estimó como notificación defectuosa, formulara, puedan determinar el carácter retroactivo de la resolución de 16 de enero de 1986 que vino a ratificar en sus propios términos la anterior resolución de 21 de febrero de 1984.

6. Finalmente, aun cuando ya se ha advenido del efectivo alcance de la queja constitucional relativa a la aplicación dada por la Sentencia impugnada a la causa de inadmisibilidad del art. 94.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que resulta ya superfluo abordar su examen, sí conviene reiterar una vez mas que no puede estimarse vulnerado el art. 24.1 de la Constitución cuando el órgano judicial no llega a pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado por considerar que el recurso no cumple los requisitos legalmente establecidos, siempre que estos no resulten infundados en su aplicación teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del proceso y las exigencias derivadas de la ordenación del proceso. Doctrina esta que, en el presente caso, conduce irremisiblemente a no apreciar irrazonabilidad, ni falta de fundamento alguno en la aplicación que del art. 94.1 a) de la Ley Jurisdiccional llevara a cabo la Sala del Tribunal Supremo en la Sentencia que se impugna, por cuanto las Sentencias dictadas en la vía contencioso- administrativa seguida al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, son apelables según las reglas generales establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que no otro alcance puede darse a la expresión «en su caso» del art. 9.1 de la Ley 62/1978. A partir de esta premisa, es manifiesto que la cuestión planteada no puede ser sino calificada como «cuestión de personal» por tratarse de una incidencia referida a empleado público en el desempeño -aquí cese- de su cargo, que, no obstante, no puede ser calificable como separación de empleado público inamovible, dado que, tal como ya se ha razonado, el puesto que desempeñara el recurrente en manera alguna lo fue con el carácter de inamovilidad. Por ello mismo, en fin, ninguna relevancia puede darse a la alegación, en sí misma considerada, de que el cese encubre una sanción que exige de un sistema de doble instancia, porque, además de ser pura hipótesis el hecho de la sanción, aun cuando lo fuere, no sería aplicable la excepción dada la no procedencia, como regla general, del recurso de apelación en cuestiones de personal, incluido, pues, el propio régimen disciplinario.

ACUERDA

En atención a lo expuesto, la Sección acuerda la inamisión del recurso y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a tres de abril de mil novecientos ochenta y nueve.