

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NUMERO CINCO DE OVIEDO**

P.E. 446/09

AUTO

**D. JOSE RAMÓN CHAVES GARCÍA, MAGISTRADO DEL
JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUMERO
CINCO DE OVIEDO.**

En Oviedo, a 13 de Noviembre de 2009

Dada cuenta,

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. XXXXX se interpuso recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo adoptado el 8/10/09 por el Instructor del procedimiento disciplinario nº 19/09 y 25/09, sobre admisión y práctica de pruebas propuestas en expediente disciplinario por faltas muy graves, por vulneración de derecho de defensa y derecho a la práctica de las pruebas necesarias para la defensa y tutela del art.24 de la Constitución que genera indefensión para el recurrente.

SEGUNDO.- Por providencia de 9 de Noviembre de 2009 se sometió a las partes la posible inadmisibilidad del recurso, por inexistencia de actuación impugnabile, teniendo lugar la comparecencia de las partes el día 12 de Noviembre de 2009, con ausencia del Ministerio fiscal.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la parte actora se invocó la implicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva puesto que se le había ocasionado indefensión por el proceder de la Administración educativa del Principado ya que el instructor del

procedimiento disciplinario le denegó las pruebas propuestas en el marco del procedimiento sancionador. Se adujo que la actuación impugnada constituye un acto de trámite cualificado que afecta a un derecho fundamental y como tal, susceptible de recurso a tenor de los arts.107.1 y 25 LJCA; se invocó la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de

Por la representación de la Administración se adujo que los actos de trámite están excluidos del recurso contencioso-administrativo cuando se trata de un caso como el de autos en que al tiempo de dictarse el acto impugnado no existe propuesta de resolución ni siquiera sanción, acto este último que sí sería el impugnado.

SEGUNDO.- Hemos de sentar las siguientes consideraciones:

1. A efectos de admisión de la demanda contencioso-administrativa por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales hemos de señalar que son exigibles, por un lado, los requisitos generales de admisibilidad y como tal han de examinarse si concurren los motivos de inadmisibilidad a que alude el art.51 LJCA (falta de jurisdicción o competencia, falta de legitimación, actividad no susceptible de impugnación y caducidad de plazo); y por otro lado, los requisitos específicos del procedimiento especial que son la identificación de la actuación impugnada y la invocación del Derecho fundamental conculcado.

A este respecto, aunque inusual nos parece pertinente aludir a la doctrina encarnada en este caso por los magistrados Pascual Sala Sánchez, Juan Antonio Xiol Ríos y Rafael Fernández Montalvo, que en el Tomo VIII de su Tratado de “ Práctica Procesal Contencioso-Administrativa” (Bosch,1999, pag.456) precisan en relación al juego del incidente del art.117 LJCA y los motivos del art.51 LJCA, lo siguiente:

« El incidente del artículo 117 LJCA contempla directamente como causa de inadmisión la referida “inadecuación del procedimiento”(…). No obstante, no parece que deba excluirse la posibilidad de apreciar a través del referido incidente las causas insubsanables de inadmisión previstas, incluso, para el

proceso ordinario en el artículo 51 LJCA, dada la aplicación supletoria de las normas generales de la Ley y que no parece razonable, desde las propias exigencias de la economía procesal, que resulte necesario reconducir previamente las actuaciones a dicho proceso ordinario para constatar la falta de jurisdicción o de competencia del Juzgado o Tribunal, la falta de legitimación del recurrente, la inimpugnabilidad de la actuación recurrida o la segura extemporaneidad de cualquier recurso».

A ello sumamos, que si bien es cierto que en jurisprudencia remota del Tribunal Supremo, y siempre en contadas ocasiones, se entendió como obligado, el examen de los vicios de nulidad, con preferencia sobre los requisitos de admisibilidad del recurso, esta posibilidad viene siendo rechazada de forma constante y unánime por una línea jurisprudencial más reciente, que otorga preferencia a la causa de inadmisibilidad del recurso (Sentencias de 24 de Enero de 2006 y 7 de febrero de 2006).

En definitiva, que el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales no se sustrae a las causas generales de inadmisión, y las mismas pueden ser apreciadas tras la comparecencia prevista en el art.117 LJCA, sin adentrarse en el examen del alcance o incidencia de la actuación sobre el derecho fundamental implicado, que es cuestión susceptible de análisis, una vez verificados los requisitos generales de admisibilidad.

2. Pues bien, en el caso de autos estamos ante el acto administrativo del Instructor de un procedimiento disciplinario que por Resolución de 8/10/09 deniega la prueba testifical propuesta por el expedientado así como la documental acompañada. Subrayaremos que no se ha dictado propuesta de resolución ni sanción alguna, y que dicho acto instructor no va acompañado de medida cautelar o de gravamen alguna.

3. Así las cosas, para reivindicar la admisibilidad del recurso, la parte recurrente, tanto en la demanda como en la comparecencia convocada al amparo del art.117 LJCA, se apoya en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 13 de Febrero de 2009 (rec.267/2008). Ahora bien, esta sentencia que nos merece todo respeto por su exhaustividad y razonado análisis, requiere de alguna precisión adicional que a nuestro juicio la hacen inaplicable al caso de autos.

4. En efecto, al margen de la jurisprudencia general traída a colación en la sentencia, el fallo pivota sobre el Fundamento de Derecho Cuarto que dice literalmente:

« CUARTO.- El Tribunal Supremo en sentencias de 5 de junio de 2001 y 7 de mayo de 2008 , en las que se revoca el auto de inadmisión del procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona incoado el primero por la denegación de la prueba propuesta que por estimarla totalmente impertinente y en el segundo por denegación del derecho a la defensa, argumenta en ambos que en dicha fase inicial de pronunciamiento sobre el procedimiento a seguir el examen debe recaer exclusivamente en el cumplimiento de los requisitos formales que deben de ser cumplidos para que se pueda hacer uso del procedimiento especial, en concreto, si en el escrito de interposición del recurso se identifica y menciona el acto administrativo que se recurre, la cita de los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados acompañados de aquellas argumentaciones con las que se trata de acreditar la vulneración de dichos preceptos, exigencias formales que permiten valorar la procedencia del cauce procesal elegido, pero que en modo alguno prejuzgan la cuestión de fondo del recurso administrativo interpuesto.»

Pues bien, si acudimos a la sentencia citada de 5 de Junio de 2001, para nada alude a la impugnabilidad de actos de trámite disciplinarios por el procedimiento especial de derechos fundamentales (y que se refiere a un supuesto remoto relativo a la aplicación de la derogada Ley de Protección de Derechos Fundamentales de 1978), sino que la cuestión litigiosa analizada exclusivamente radica en si el derecho constitucional de defensa puede invocarse su conculcación no sólo en el ámbito de los procesos penales sino en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores. Y si acudimos a la sentencia citada de 7 de Mayo de 2008 nos encontramos con que tampoco alude a la impugnabilidad de acto de trámite alguno, sino que sencillamente se impugna un acto definitivo consistente en un acuerdo de derivación de responsabilidad y la cuestión resuelta estriba en si el derecho de defensa del art.24 de la Constitución puede predicarse como conculcado en procedimientos de gravamen no sancionadores.

En suma, nada se dice sobre la impugnabilidad de actos de mero trámite en el marco de procedimientos disciplinarios.

5. En cambio, hallamos una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del mismo ponente (Sr. Nicolás Maurendi Guillén) de 7 de Febrero de 2007 (rec.6456/2002) que precisa de forma clara e inequívoca que no todo acto de trámite de un procedimiento sancionador ha de tener encaje en un procedimiento especial de protección de Derechos fundamentales, que por su interés reproducimos y debemos asumir por proceder del alto tribunal:

« Efectivamente es correcto el criterio que sigue la Sala de instancia de que, tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador.

Pero ha de completarse con esta importante matización: esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite.»

Es más, si nos vamos a la recientísima Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de Abril de 2009 (rec.5752/2003), en relación a la impugnación del Auto de inadmisión de recurso contencioso administrativo por el trámite de derechos fundamentales interpuesto contra incoación de expediente de expulsión,

« Sobre este punto, esta Sala ha matizado que el acto es de trámite siempre que no resulte acreditado que dicho acto haya tenido otras consecuencias para el interesado (así, en las SSTs de 18 de noviembre de 2005, al resolver el recurso de casación nº 924/02, 6 de octubre de 2006, al resolver el recurso de casación 4465/03, 12 de mayo de 2006, al resolver el recurso de casación 4345/03 y 28 de octubre de 2005, al resolver el recurso de casación 3769/03), ya que la jurisprudencia citada, superando planteamientos anteriores, ha estimado recursos en los que se planteaba análoga cuestión a la que ahora nos ocupa (así, en la sentencia de esta Sección de 20 de abril de 2007 (rec. nº 9171/2003) y al igual que en los casos resueltos en aquellas sentencias, en este caso el acto

administrativo recurrido inicia un procedimiento de expulsión y, en ese aspecto, es sin duda un acto de trámite, pero pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento y decide en el acto recurrido "proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento en tanto se sustancia el expediente en aplicación de lo dispuesto en el art. 62 de la L.O 4/2000 , reformada por la L.O 8/2000 ". Esta determinación afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una resolución cualificada que incide en el contenido constitucional del artículo 17 de la CE , precepto que fue invocado por la parte actora desde el momento inicial de interposición del recurso.»

6. En otras palabras, y a prudente criterio de este Juzgador, un procedimiento disciplinario es un procedimiento cuajado de trámites relacionados en el R.D.33/86, de 10 de Enero, de Régimen Disciplinario de 1980 que van desde la incoación del procedimiento, el eventual incidente de recusación, la declaración previa ante el Instructor, la formulación de pliego de cargos, la práctica de pruebas, la propuesta de resolución y la resolución final, sin olvidar otros actos de trámite como requerimientos de subsanación, notificaciones, actos de certificación, etc.

Pues bien, dentro de esos actos de trámite los habrá que encierren una voluntad administrativa e incidencia real y actual sobre el ciudadano, y como tales son impugnables tanto por el procedimiento ordinario como por el especial de derechos fundamentales, y los habrá que sean actos instrumentales cuya incidencia es potencial y futura sobre el ciudadano. Así, si el acuerdo de incoación va acompañado de la medida cautelar de separación del servicio, es evidente que provoca un efecto real y actual y como tal impugnable y si es acuerdo de incoación sin mayores consecuencias, ningún efecto produce en sí mismo. E igualmente, si se practica una prueba que comporta la invasión real y actual del domicilio del expedientado, estaremos ante un acto de trámite impugnable. En cambio, si el acto del Instructor se limita a denegar una prueba propuesta por el expedientado, ningún impacto se produce de forma real y actual ya que: a) Se desconoce el peso final de las restantes pruebas; b) No ha tenido lugar propuesta de resolución que puede o no ser sancionadora;

c) No se ha dictado resolución final por la autoridad que, puede disponer la retroacción de actuaciones antes de asumir la propuesta del Instructor; d) Y lo mas importante no se ha dictado la resolución sancionadora final que, de forma real y actual, impacta en la esfera de derechos e intereses del funcionario y no como mera conjetura.

7. Así, un acto de trámite decide directamente un asunto cuando su objetiva eficacia va anudada en relación de causalidad probada con el sentido de la resolución final del procedimiento. No puede quedar en manos de la impresión subjetiva de la parte afectada el otorgar carácter decisorio a tal acto instructor, ya que el órgano llamado a fijar o apreciar su relevancia real, es en fase de propuesta el Instructor, y en fase de decisión, el Consejero. Es más, en la propia comparecencia de inadmisión, la parte recurrente en dos ocasiones afirma que el expediente “puede” comportar incluso la separación del servicio, o sea, que es consciente de que estamos ante una hipótesis de futuro sobre el desenlace final.

8. Consideramos que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales no admite la impugnabilidad universal bajo la simple invocación de la eventual lesión de un derecho fundamental. Si se pudiera impugnar por el procedimiento especial cualquier acto de trámite con el doble requisito de identificar la actuación así como el derecho fundamental se produciría un efecto perverso: por un lado, que el procedimiento especial permitiría enjuiciar actos que no serían enjuiciables por el procedimiento ordinario; por otro lado, que el régimen especial pasaría a ser el procedimiento “generalizado” ya que con menores trámites y requisitos se abriría la puerta a un procedimiento ágil y preferente. Consideramos que debe evitarse el riesgo de desviación procesal y salvaguardar el efecto útil del procedimiento especial: tutelar derechos fundamentales cuando existe una actuación perjudicial definitiva pero no frente a meras conjeturas o de forma preventiva.

9. En suma, lo expuesto nos lleva a mantener que sólo podemos revisar por el procedimiento especial de derechos fundamentales (y añadimos, por el procedimiento ordinario) la denegación de una prueba testifical o documental en fase de instrucción de un procedimiento disciplinario en los casos en que se recurren decisiones que tienen un cierto carácter definitivo y que producen un efectivo perjuicio material al

expedientado, como en lo que aquí interesa sería una Resolución sancionadora final. Sólo con relación a esta resolución final podría apreciarse un perjuicio material definitivo y que faculte a este Juzgado para analizar si la decisión del Instructor es errónea al valorar la pertinencia o utilidad de las pruebas y su incidencia en el derecho fundamental esgrimido, y, por ende, al fijar la Resolución sancionadora los hechos o al aplicar el Derecho, o eventualmente si, efectivamente de manera definitiva e irreversible se ha vulnerado algún derecho fundamental, por haberse denegado una determinada prueba. Resulta, por ello, prematuro que, tanto por el procedimiento especial de derechos fundamentales como por el procedimiento ordinario, se enjuicie si resulta o no procedente una decisión instructora sobre prueba (como es la toma de declaración de un testigo o admisión de documento), y si su denegación de manera efectiva y definitiva ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión o más precisamente el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, consagrados en el art. 24 CE , cuando todavía no se ha tomado ninguna decisión que pueda afectar de manera mínimamente efectiva a sus derechos fundamentales.

En consecuencia, consideramos que procede la inadmisión a trámite del recurso contencioso-administrativo, por concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 51.1 c) en relación con el art. 25 LJCA y que resulta aplicable al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Insistimos en que no nos pronunciamos sobre el impacto o no de tal actuación sobre el derecho fundamental invocado sino sobre un presupuesto procesal previo: la inexistencia de actuación administrativa impugnada.

TERCERO.- No se aprecian condiciones para la imposición de costas de acuerdo con el art.139 de la Ley Jurisdiccional.

En consecuencia, este órgano jurisdiccional acuerda la siguiente

III.-PARTE DISPOSITIVA

DECLARAR LA INADMISIBILIDAD POR INEXISTENCIA DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES, DEL RECURSO 446/2009 INTERPUESTO POR D. XXXXXX CONTRA EL ACUERDO ADOPTADO EL 8/10/09 POR EL INSTRUCTOR DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO N° 19/09 Y 25/09, SOBRE ADMISIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBAS PROPUESTAS EN EXPEDIENTE DISCIPLINARIO POR FALTAS MUY GRAVES.

Contra el presente auto podrá interponerse recurso de apelación.

Dedúzcase testimonio de este acuerdo para su unión a los autos principales.

