

**ATC 60/1980, de 22 de octubre**

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO:60/1980

FECHA-APROBACION:22-10-1980

RESOLUCION-AFECTADA:

Ley de 27 de diciembre de 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 40 d).

SALA: Sala Segunda (Sección Cuarta): Excmos. Sres. Arozamena, Rubio y Tom s.

NUMERO-REGISTRO:150/1980

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO: Inadmisión. Postulación: inexistencia. Cita de preceptos constitucionales infringidos: falta. Fijación precisa del amparo solicitado: falta. Agotamiento vía judicial procedente: inexistencia. Recurso contencioso-administrativo: resoluciones en expedientes gubernativos. Principios de legalidad. Notificación administrativa errónea.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 106.1.

Artículo 24.1.

Artículo 53.2.

Artículo 9.1.

Disposición Derogatoria, 3.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Artículo 43.1.

Artículo 49.1.

Artículo 50.1.b).

Artículo 81.1.

Disposición Transitoria Segunda, 2.

Ley de 17 de julio de 1958. Procedimiento Administrativo.

Artículo 79.2.

Artículo 79.3.

Artículo 79.4.

Ley de 27 de diciembre de 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 40. d).

MATERIAS:

Agotamiento de la vía judicial procedente

Inexistencia.

Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales

En general.

Fijación precisa del amparo solicitado

Falta.

Invocación formal del derecho vulnerado

Falta.

Notificación administrativa errónea

En general.

Postulación

Inexistencia.

Principio de legalidad

En general.

Recurso contencioso-administrativo

Resoluciones en expedientes gubernativos.

#### PREAMBULO:

La Sección ha visto el recurso de amparo promovido por don Esteban Martín González contra la Orden Ministerial de 28 de septiembre de 1978, por la que causó baja en el Cuerpo de Mutilados y en la Escala de Complemento de Infantería.

Del examen de los autos resultan los siguientes

#### ANTECEDENTES:

##### I. Antecedentes

1. Por resoluciones de 23 de febrero de 1971, 3 de abril y 29 de mayo de 1973, la Dirección General de Mutilados de Guerra denegó a don Esteban Martín González su ingreso en el Benemérito Cuerpo de Mutilados. El fundamento de fondo de tales resoluciones era haber sido procesado el solicitante por las causas penales 194/61 y 168/66, ambas ante la Capitanía General de Canarias, y el haber incurrido en abandono de destino al marcharse al extranjero en noviembre de 1966.

2. Don Esteban Martín González interpuso recurso contencioso-administrativo contra tales resoluciones y obtuvo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife una Sentencia favorable, fechada a 5 de febrero de 1974. La Sala apoyó su decisión principalmente en que desde el 8 de abril de 1953 el solicitante había causado baja en la Escala activa del Ejército y alta en la de Complemento, por haber pasado a formar parte de la Agrupación Temporal Militar para servicios civiles, por lo cual, cuando el solicitante fue procesado y cuando marchó al extranjero, no tenía la configuración de militar. En consecuencia, la Sentencia de la Sala declaró opuestas al ordenamiento jurídico las resoluciones citadas, cuyo contenido denegatorio se basaba en la no valoración del hecho de que don Esteban Martín González había perdido su condición de militar, tanto cuando fue procesado, como cuando se ausentó de España.

3. Por Orden del Ministerio del Ejército de 7 de julio de 1974 se mandó cumplir la Sentencia de la Audiencia, y por Orden circular de 1 de octubre del mismo año se concedió a don Esteban Martín González su ingreso en el Benemérito Cuerpo de Mutilados.

4. En fecha que no consta en Autos se abrió al recurrente expediente gubernativo en resolución del cual y por Orden 11694/225/78 de 28 de septiembre, don Esteban Martín González causó baja en la Escala de Complemento de Infantería y en el Cuerpo de Mutilados de conformidad con lo que determinan los apartados 2 y 5 del art. 1.011 del Código de Justicia Militar. Aunque en el texto de la Orden citada no consta que así sea,

el interesado afirma que los hechos que dieron lugar al expediente gubernativo fueron los mismos en que se basaron en su día las Resoluciones denegatorias de la Dirección General de Mutilados que fueron anuladas por la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife.

5. Contra la Orden de 28 de septiembre de 1978 el interesado interpuso recurso de reposición, que fue declarado inadmisibile el 9 de mayo de 1979, por entenderse que las resoluciones dictadas en este tipo de expediente estén expresamente excluidas de la vía contencioso-administrativa y por ende del recurso de reposición previo a dicha vía.

6. En escrito dirigido a este Tribunal Constitucional el pasado 20 de agosto y calificado por su autor como recurso de amparo, don Esteban Martín González pide que se decrete la nulidad de la Resolución del Ministerio del Ejército 11694/225/78 de 28 de septiembre.

7. La Sección acordó el 3 de septiembre poner de manifiesto al solicitante la existencia, como motivo de inadmisión subsanable, de la falta de Procurador y de Letrado, y la posible concurrencia, como motivos de inadmisión insubsanables, de la falta de agotamiento de la vía judicial previa y de no deducirse la demanda respecto a derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional. En providencia de la misma fecha se otorgó un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante para alegaciones y para que éste subsanase sus defectos de postulación.

8. El Ministerio Fiscal, en su escrito de 15 de septiembre de 1980, apreció la existencia de los tres motivos de inadmisibilidad apuntados en la providencia y pidió se dicte Auto de inadmisión. Transcurrido el plazo que se le concedió para ello y a pesar de que la providencia de este Tribunal le fue notificada el día 17 de septiembre, don Esteban Martín González no ha presentado su escrito de alegaciones.

Para llegar a su decisión, la Sección ha tomado en consideración los siguientes

#### FUNDAMENTOS:

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Es preceptivo, según el art. 81.1 de la LOTC, que las personas cuyo interés las legitime para actuar en un proceso constitucional lo hagan representados por Procurador y asistidos de Letrado, exceptuándose de tal exigencia sólo a quienes tengan título de Licenciado en Derecho. Don Esteban Martín González no ha comparecido inicialmente con Procurador y Letrado, ni ha subsanado tal defecto, ni ha alegado su posible condición de Licenciado en Derecho, por lo cual su recurso es inadmisibile con arreglo a los arts. 81.1 y 50.1 b) de la LOTC.

2. El recurrente no cita en su escrito qué preceptos constitucionales estima infringidos, pues se limita a citar el art. 53.2 de la Constitución Española como único apoyo legal para formular su recurso de amparo, y no fija tampoco con precisión qué amparo pide a este Tribunal. Al actuar así incumple los requisitos exigidos por el art. 49.1 de la LOTC, y su recurso es, por tanto, inadmisibile con arreglo al art. 50.1 b) de la misma Ley.

3. De las anteriores razones no se infiere que la Orden Ministerial de 28 de septiembre de 1978, cuya anulación solicita el recurrente, sea conforme a Derecho, cuestión en la que este Tribunal no puede entrar, pues para que se pueda impugnar ante él la Orden citada es necesario que se haya agotado primero la vía administrativa y después la contencioso-administrativa. El recurrente lo intentó, pero la resolución ministerial de 9 de mayo de 1979 le cerró aparentemente el camino hacia la jurisdicción contencioso-administrativa, apoyándose para ello, aunque sin citarlo, en el art. 40 d) de

la Ley reguladora de aquella jurisdicción e incurriendo en una aplicación indebida del mismo.

Es cierto, en efecto, que el citado art. 40 d) excluía de la vía contencioso-administrativa resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos como el que dio lugar a la Orden Ministerial de 28 de septiembre de 1978 contra el recurrente. Pero también lo es que éste interpuso en su día recurso de reposición y que la Orden que declaró la inadmisibilidad de éste es posterior a la entrada en vigor de la Constitución.

De ésta se infiere que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1) y que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de los Jueces y Tribunales (art. 24.1). Ahora bien, la excepción contenida en el art. 40 d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al art. 106.1 de la C. E., y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos es contraria al art. 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, el art. 40 d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 ha quedado derogado, y no puede ser invocado por ningún poder público -pues todos ellos estén sometidos a la Constitución, según el art. 9.1 de ésta- para impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa.

En atención al anterior razonamiento hay que concluir que la decisión de 9 de mayo de 1979 contra el recurso de reposición de don Esteban Martín González no es bastante para entender cerrada la vía contencioso-administrativa y que el interesado pudo y debió acudir a la misma antes de dirigirse a este Tribunal Constitucional, con lo que habría cumplido el requisito exigido por el art. 43.1 de la LOTC.

4. En relación con este mismo tema de la falta de agotamiento de la vía judicial previa es necesario todavía plantearse aquí si, a pesar de la resolución de 9 de mayo de 1979 por la que se denegó al solicitante la vía contencioso-administrativa, ésta permanece aún hoy abierta para aquél, pues cabría pensar que la notificación de la resolución citada es de las que se convalidan con el transcurso del tiempo al amparo del art. 79.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En contra de esta hipótesis hay que afirmar que los apartados 3 y 4 del art. 79 de la L. P. A. se refieren a notificaciones defectuosas, esto es, imperfectas o faltas de algo, según se desprende de la correcta acepción del vocablo contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde puede leerse que defecto es la carencia o falta de las cualidades propias y naturales de una cosa. Debe entenderse, pues, que una notificación defectuosa es aquella que no contiene alguno de los requisitos enumerados en el art. 79.2 de la L. P. A.

Por consiguiente, la convalidación por el transcurso de los seis meses fijados en el párrafo 4 del mismo artículo está referida a notificaciones practicadas personalmente al interesado, que contengan el texto íntegro del acto, pero que, como dice el art. 79.4 de la L. P. A., hubieran omitido otros requisitos de los enunciados en el apartado 2 del mismo artículo. Sin embargo, en el caso presente no nos hallamos ante un supuesto de notificación defectuosa, y, por ende, convalidable a los seis meses, sino ante una resolución administrativa errónea por razón de su contenido, al no haber tenido en cuenta la derogación del art. 40 d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 por la disposición derogatoria tercera de la Constitución.

Ahora bien, es un principio reiteradamente sostenido por la doctrina y por la Jurisprudencia, que la Administración no puede escudarse en sus propias irregularidades

para rechazar las pretensiones de los interesados, y que, por ende, el administrado no debe sufrir las consecuencias del error a que se vea inducido por un órgano de la Administración. Con base a estos principios hay que entender, y así lo han hecho la doctrina y la Jurisprudencia, que cuando se comunica al interesado erróneamente un recurso improcedente, se incurre en un motivo de nulidad de todo lo que se actúe a partir de ese momento, por ser nula la notificación de una resolución errónea, sin que al interesado pueda perjudicarlo por causa de ésta el transcurso del plazo para recurrir en la vía procedente.

Es indudable que esta argumentación doctrinal y jurisprudencial referida a resoluciones que inducen a indefensión por indicar erróneamente algún recurso improcedente, con m s motivo debe aplicarse a casos como el presente, en que el error consiste en informar de la inexistencia de todo recurso, pues la creencia por parte del administrado en la veracidad de lo que le comunica un órgano de la Administración lo conduce de hecho a una situación subjetiva de indefensión.

Y no es menos cierto que las citadas doctrinas, orientadas con anterioridad a la vigente Constitución a evitar la indefensión del administrado, con mayor motivo han de mantenerse tras su entrada en vigor, habida cuenta, sobre todo, de los arts. 24.1 y 106.1 de nuestra Ley Fundamental.

5. Cuanto se ha expuesto en los fundamentos tercero y cuarto a los efectos de estudiar el requisito de la vía judicial previa como presupuesto del proceso de amparo, que fue uno de los motivos planteados en la providencia del 3 de septiembre, en modo alguno incide en el ámbito de competencia de la Sala de lo contencioso-administrativo ante la que pudiera promoverse el proceso judicial al que se refiere el art. 43.1 en relación con la transitoria segunda, apartado 2, de la LOTC. Se trata de afirmar que esta vía judicial no está agotada y, por ello, tenemos que concluir que el recurrente no ha cumplido el requisito indicado, y que se da con ello el motivo de inadmisibilidad del recurso reseñado.

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, la Sección declara inadmisibile el recurso de amparo promovido por don Esteban Martín González.

Madrid, a veintidós de octubre de mil novecientos ochenta.