|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 122/2001 |
| Fecha | de 8 de mayo de 2001 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez y doña María Emilia Casas Baamonde. |
| Núm. de registro | 5222-2000 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 5222-2000 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, el Pleno acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El día 3 de octubre de 2000 tuvo entrada en este Tribunal un escrito de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, al que se acompañaba, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de 7 de julio de 2000 por el que planteaba cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición transitoria primera, apartado 3°, de la Ley 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por presunta vulneración de los arts. 14 y 149.1.18 CE.

2. Los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Doña María del Carmen Yánez Palenzuela, titular de una oficina de farmacia y funcionaría interina, ocupando plaza de farmacéutico en la Administración de la Comunidad de Canarias, solicitó a la Consejería de Sanidad de dicha Comunidad Autónoma que se le permitiera mantener abierta su oficina privada de farmacia y, a la vez, la condición de funcionaría interina, según el régimen jurídico y retributivo anterior a la entrada en vigor de la recién referida Ley 2/1999.

b) Mediante Resolución de 15 de marzo de 1999, la Dirección General de la Función Pública, declaró extinguida la vinculación de la solicitante con la Administración de la Comunidad Autónoma Canaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera, apartado 3°, de la Ley 2/1999, que dispone lo siguiente: "Los funcionarios interinos farmacéuticos a los que se refiere el art. 18 de esta Ley, que sean propietarios de Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. En caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos. Durante el señalado plazo les será de aplicación el anterior régimen retributivo."

c) La Sra. Yánez consideró no ajustada a derecho esa resolución y, en consecuencia, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la misma, siendo admitido a trámite por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife. El recurso se planteó por considerar que la Ley 2/1999 (Disposición transitoria primera) modifica el sistema de incompatibilidades contenido en la normativa estatal básica, Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en concreto en su art. 12.1 y Disposición transitoria sexta, que permiten compatibilizar el ejercicio de su actividad como funcionaría interina y el ejercicio de su actividad privada en su oficina de farmacia, como había ocurrido hasta el momento de la Resolución de 15 de marzo de 1999 de la Dirección General de la Función Pública. Además, la recurrente solicitó del órgano jurisdiccional que planteara cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999.

d) Tras oír a las partes y al Fiscal sobre el posible planteamiento de la cuestión, el

Juzgado desestimó el recurso por Sentencia de 24 de enero de 2000 y no planteó la I cuestión, por entender que la resolución impugnada era plenamente ajustada a Derecho, como también se ajustaba a la CE la norma legal de cuya aplicación se trataba y que se ha reproducido en el Antecedente 2 b). La sentencia consistía únicamente en argumentar la constitucionalidad del precepto legal y por tanto también de la resolución administrativa impugnada.

e) La Sra. Yánez interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, fundamentalmente por no haber el Juzgado accedido al planteamiento de la cuestión. Tras dar traslado a la Administración de la apelación (esto es, de la nueva petición de planteamiento de la cuestión) mediante propuesta de providencia de 23 de mayo de 2000, la Administración se opuso a la misma. A continuación, la Sala dictó una nueva propuesta de providencia de 26 de mayo de 2000 en la que se decía que "a la vista de las alegaciones de la parte en cuanto a promover la cuestión de inconstitucionalidad, estése a lo acordado en providencia de 23.5.00".

f) Finalmente, la Sala accedió a lo pretendido por la apelante y resolvió, por Auto de 7 de julio de 2000, elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad frente al apartado 3° de la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 por posible vulneración de los arts. 14 y 149.1.18 CE.

g) Cuatro días más tarde la Administración presentó escrito poniendo de manifiesto que el Tribunal Constitucional había dictado Auto inadmitiendo, por razones formales, una cuestión de inconstitucionalidad idéntica planteada por el Juzgado núm. 3 de Sta. Cruz de Tenerife [se trata del ATC 153/2000 de 13 de junio]. Y el 24 de julio de 2000 presentó un segundo escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ) por haberse elevado la cuestión sin el trámite de audiencia previa del art. 35.2 LOTC.

h) Mediante Auto de 11 de septiembre de 2000 la Sala rechazó la nulidad pedida por entender que las partes se habían pronunciado en primera instancia sobre el planteamiento de la cuestión, teniendo por cumplido el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC. Posteriormente la Administración solicitó que el incidente se incorporase a las actuaciones que se debían remitir al Tribunal Constitucional, a lo que accedió la Sala.

3. En el Auto de planteamiento el órgano judicial proponente realizó las siguientes consideraciones:

a) La Disposición transitoria primera de la Ley de Canarias 2/1999 pudiera ser contraria a la CE por vulneración del art. 149.1.18 de la misma. Este precepto constitucional atribuye al Estado la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. De dicho régimen estatutario forma parte el sistema de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

b) El régimen de incompatibilidades se regula en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. El art. 12.2 de esta Ley dispone que "las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las anunciadas en esta Ley como de prestación a tiempo parcial". Por su parte, la Disposición transitoria sexta establece que "lo previsto en el art. 12.2 de esta Ley no será de aplicación a los farmacéuticos titulares obligados a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en que ejercen su función". Estas previsiones normativas han sido calificadas como normativa básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE (Disp. fin. primera).

c) La Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 establece un nuevo régimen de incompatibilidades para los farmacéuticos titulares y, en especial, para los funcionarios interinos del Cuerpo Superior Facultativo, Escala de titulados Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, declarando la incompatibilidad, total y absoluta, entre el ejercicio de sus funciones y el mantenimiento de su oficina de farmacia, vulnerando por ello el art. 149.1.18 CE al infringir la normativa básica citada.

d) En segundo lugar, la Sala apreció una posible incompatibilidad entre el precepto de que se trata y el principio de igualdad del art. 14 CE, entendiendo que establece una discriminación injustificada para los funcionarios farmacéuticos interinos en relación con los de carrera en servicio activo, en la medida en que a unos se les obliga a optar entre el puesto público y la actividad privada y a otros no.

4. Mediante providencia de 27 de febrero de 2001, la Sección Segunda del Pleno acordó, a los efectos del último inciso del art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, expusiese lo que considere conveniente sobre la admisibilidad de la cuestión en relación con el cumplimiento del requisito de audiencia del art. 35.2 LOTC.

5. Mediante escrito registrado el día 20 de marzo de 2001, el Fiscal General del Estado se pronunció en relación con el contenido de la referida providencia, solicitando la inadmisión de la cuestión. Este criterio lo fundamentó en el incumplimiento de los requisitos procesales exigidos en el art. 35.2 LOTC para efectuar la preceptiva consulta a las partes y en particular al Ministerio Fiscal, ya que, en lugar de trasladar a las partes sus propias dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto concreto, el órgano judicial se limitó a remitirse al trámite en tal sentido cumplido en primera instancia, oyendo a este respecto sólo a la parte apelante (la Sra. Yánez) y a la parte apelada" (la Administración canaria) y no al Fiscal. Además de esta falta de audiencia, las propuestas de providencia de 23 y de 26 de mayo de 2000 no recogieron el precepto legal aplicable ni las normas constitucionales que pudieran considerarse vulneradas por él. Por estos defectos formales, en absoluto irrelevantes (se cita jurisprudencia constitucional al respecto, concretamente el ATC 210/2000), el Fiscal finalizó solicitando la inadmisión de la cuestión.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el apartado 3° de la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes, económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999. Se trata de un asunto sobre el que, conforme se ha mencionado en el Antecedente 2 g), ya han recaído resoluciones de este Tribunal, concretamente los AATC 152 y 153/2000 de 13 de junio, de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad.

Según la Sala proponente, dicha Disposición transitoria podría invadir el ámbito de la competencia estatal relativa a la normativa básica sobre el régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18 CE), al haber modificado el régimen básico contenido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en concreto, lo establecido en su Disposición transitoria sexta, en conexión con el art. 12.2, respecto a la posibilidad de que los Farmacéuticos titulares pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo, Escala de Titulados Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, puedan desempeñar su empleo público y, a la vez, mantener abierta su oficina de farmacia.

También existiría una segunda vulneración constitucional, relativa a la igualdad entre los funcionarios farmacéuticos de carrera y los interinos, en los términos reflejados en los Antecedentes.

2. Debemos en primer lugar examinar si se han cumplido los requisitos exigidos para la admisión de la cuestión, en especial en lo relativo al trámite de audiencia a las partes, reproduciendo a continuación la Disposición transitoria primera de la ley 2/1999 cuya constitucionalidad se cuestiona: "1. Los funcionarios de carrera farmacéuticos en servicio activo a los que se refiere el art. 18 de esta Ley, que sean propietarios de Oficina de Farmacia y no estén incursos en incompatibilidad, podrán optar por mantener su anterior régimen retributivo u optar por el nuevo régimen retributivo, con las incompatibilidades que de éste deriven. Si no ejercitan dicha opción en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, se entenderá que optan por permanecer con el anterior régimen retributivo.

2. Los funcionarios en situación de excedencia pertenecientes al cuerpo indicado en el apartado anterior, que pudieran reingresar en puestos de trabajo de los regulados en el artículo señalado en el referido apartado, lo harán con sujeción al régimen retributivo y de compatibilidad establecido para dichos puestos de trabajo.

3. Los funcionarios interinos farmacéuticos a los que se refiere el artículo 18 de esta Ley, que sean propietarios de Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. En caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos. Durante el señalado plazo les será de aplicación el anterior régimen retributivo".

3. El Fiscal General del Estado, en el trámite de alegaciones conferido en nuestra providencia de 27 de febrero de 2001, con cita de diversa jurisprudencia constitucional (singularmente el ATC 210/2000 de 19 de septiembre), solicita la inadmisión de la presente cuestión por incumplimiento de las condiciones procesales exigidas en el art. 35.2 LOTC, en concreto en lo relativo a la preceptiva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Efectivamente, el órgano judicial, ante la solicitud de planteamiento de la cuestión formulada por la apelante Sra. Yánez (puesto que, como ya dijimos, su recurso de apelación se centraba en la negativa del Juzgado a plantear la cuestión), no abrió el trámite de audiencia a las partes y al Fiscal exigido en el art. 35.2 LOTC sino que, por propuesta de providencia de 23 de mayo de 2000, se limitó a dar a la parte apelada traslado del recurso. De manera que la Sala no sólo se remitió al escrito de la parte que solicitó el planteamiento de la cuestión (sin mencionar ni el precepto de que se trataba ni las razones de su posible inconstitucionalidad), sino que no abrió la audiencia prevenida en la LOTC ni tampoco oyó al Ministerio Fiscal. El órgano jurisdiccional, por tanto, pareció remitirse al trámite en tal sentido realizado en primera instancia (de hecho así lo señaló expresamente en el razonamiento jurídico 2° del Auto de 11 de septiembre de 2000 resolutorio de la nulidad solicitada por la Administración).

Hasta tal punto se incumplieron los requisitos exigidos en la LOTC que la parte apelada (la Administración), una vez dictado el Auto de planteamiento, presentó un escrito de nulidad de actuaciones precisamente por apreciar tal irregularidad, pretensión que fue rechazada por la Sala mediante el Auto de 11 de septiembre de 2000 al que nos acabamos de referir.

4. En relación con asuntos similares (en los cuales los órganos jurisdiccionales no precisaron los preceptos legales de cuya constitucionalidad dudaba, ni los artículos CE supuestamente vulnerados, remitiéndose al escrito de parte) este Tribunal tiene sentada en los AATC 121/1998 de 21 de mayo FJ 3, 152/2000 de 13 de junio FJ 3 y 153/2000 de 13 de junio FJ 3 una doctrina que se sintetiza como sigue: "La remisión hecha por la Sala al citado escrito, sin expresar por sí misma los preceptos cuestionados, difícilmente puede satisfacer dos de las funciones que, según reiterada jurisprudencia, le son inherentes: garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados (v. gr.: STC 166/1986), de un lado, y facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado, de otro (p. ej.: ATC 108/1993). La importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (cfr. v. gr. STC 166/1986, fundamento jurídico 4.1°). Estas alegaciones habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos (ibidem). Resulta, pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (cfr. ATC 185/1990; STC 126/1997, fundamento jurídico 4.A y la jurisprudencia allí citada)".

En el presente caso concurren además otros notables defectos en el procedimiento seguido por la Sala promotora de la cuestión. Por ejemplo no haber oído al Ministerio Fiscal, circunstancia ésta que en el ATC 265/2000 de 14 de noviembre, entre otros (singularmente los AATC 210/2000 de 19 de septiembre y 48/2001 de 27 de febrero), se consideró causa de inadmisión.

5. Ciertamente, ambas partes (la apelante y la Administración apelada) conocían que el pleito giraba en torno al planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad contra la Disposición transitoria primera de la ley 2/1999, habiendo quedado instruidas sobre ello tanto en primera instancia (fase en la que el Fiscal sí pudo alegar) como en segunda instancia (en este caso sin audiencia del Fiscal), por medio del traslado del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Yánez. Pero en apelación, que es el momento en el que se ha elevado la cuestión, no hubo estrictamente hablando trámite de audiencia sobre el planteamiento de la cuestión sino simple traslado a la parte apelada del escrito de apelación, y además sin audiencia al Fiscal y sin que la Sala precisase ni las normas legales de cuya constitucionalidad dudaba ni los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados.

Luego no se oyó a las partes acerca específicamente del planteamiento de la cuestión (y el Fiscal, repetimos, ni siquiera fue instruido de ello en la apelación), no siendo suficiente, a efectos del art. 35.2 LOTC, la apertura del trámite de audiencia llevada a cabo por otro órgano jurisdiccional en otra instancia del proceso. De todos modos, el hecho de que las actuaciones remitidas por la Sala consistan sólo en las de apelación y no en las practicadas por el Juzgado núm. 1 de Tenerife no permite a este Tribunal verificar los términos en los que aquél trámite se llevó a cabo.

Todas estas circunstancias ponen de manifiesto que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias no dio cumplimiento al trámite prevenido en el art. 35.2 LOTC, trámite de audiencia que es un "requisito de todo punto inexcusable" (ATC 210/2000 de 19 de septiembre FJ 2, con cita de la STC 166/1986 de 19 de diciembre y del ATC 136/1995) y del que ya hemos dicho en el antes citado ATC 265/2000 de 14 de noviembre FJ 3 que no es ""un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión", al perseguir poner a disposición del juez "un medio que le permite conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados" (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; y ATC 136/1995, de 9 de mayo, FJ único). Conforme a esta idea "se comprende así la importancia que reviste la observancia de los requisitos que tanto el art. 35.2 LOTC como el art. 163 de la Constitución imponen en relación con la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, así como, paralelamente, el rigor que debe informar la correspondiente verificación de los mismos por parte del Tribunal Constitucional" (ATC 236/1998, de 10 de noviembre, FJ 1)".

No habiéndose observado lo prevenido en el art. 35.2 LOTC, procede inadmitir la cuestión, una vez oído al Fiscal General del Estado (art. 37.1 LOTC), por falta de la condición procesal antes indicada.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, el Pleno acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a ocho de mayo de dos mil uno.