|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 160/1989 |
| 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 | 1380-1988 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.380/1988 |
| Fallo | En atención a lo expuesto, la Sección acuerda declarar la inadmisibilidad del presente recurso. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el día 29 de julio de 1988, don Antonio María Alvarez-Buylla y Ballesteros, Procurador de los Tribunales y de don Luis Cuadrado Rodríguez, interpuso recurso de amparo contra la Orden del Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército núm. 360/7972/83, de fecha 26 de mayo de 1983, que convocó a diversos Coroneles y Tenientes Coroneles de diversos Cuerpos del Ejército para asistir al XXIV Curso de Aptitud para el ascenso al Generalato, así como contra las Sentencias de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de diciembre de 1986, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1987 y de 12 Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1987, que confirmaron la referida Orden; todo ello por haber sido vulnerado el principio constitucional de igualdad.

2. La demanda se funda en los siguientes hechos:

a) Mediante Orden 360/18522/82 se anunció la realización de las llamadas «clasificaciones atenuadas», incluyéndose en dicha Orden a la promoción de Sanidad Militar de 1954, a la que pertenece el Coronel Médico recurrente. El objeto de tal «clasificación atenuada» fue determinar los Jefes que debían asistir al Curso de Aptitud para Mandos Superiores, estableciéndose, a tal efecto, para la referida promoción de Sanidad un cupo de cinco. Por posterior Orden 360/7972/83, de fecha 26 de mayo, del Jefe del Estado Mayor del Ejercito, se convocó para asistir al XXIV Curso de Aptitud para Mandos Superiores a diversos miembros de las promociones previamente convocadas por la Orden 360/18522/82, y también por la Orden 360/18523/88, quedando excluido de la asistencia al citado Curso el recurrente en amparo y otros seis miembros de su promoción.

b) Desestimado el recurso de reposición interpuesto contra la referida Orden 360/7972/83, postulando el recurrente su derecho a asistir para, en su caso, poder superar el Curso de Aptitud, interpuesto seguidamente recurso contencioso-administrativo ante la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, la cual, tras una serie de vicisitudes procesales, dictó Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1986, desestimándolo.

c) Con anterioridad a la referida Sentencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional había dictado Sentencia de fecha 29 de noviembre de 1986, estimando el recurso interpuesto por un Coronel auditor que, al igual que el recurrente en amparo, había sido excluído de la asistencia al Curso de Aptitud por la misma Orden 360/7972/83, de 26 de mayo.

Dada la identidad de supuestos, se exponen en la demanda las consideraciones y fundamentos que llevan a la Audiencia Nacional a estimar el recurso, en manifiesto contraste con los de la Sentencia de la Audiencia Territorial, significándose que contra esta última se recurrió en apelación, poniendo en conocimiento de la Sala Quinta del Tribunal Supremo la referida Sentencia de la Audiencia Nacional. No obstante, por Sentencia de 3 de noviembre de 1987, la Sala Quinta del Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación, confirmando la Sentencia de instancia en todas sus partes.

d) Por ultimo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 102.1 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se interpuso recurso extraordinario de revisión que la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, por Sentencia de 16 de junio de 1988, declaró improcedente.

3. Afirma el recurrente haber sido vulnerado el art. 14 de la Constitución, fundamentando tal alegación en las siguientes consideraciones:

a) El Derecho transitorio del Real Decreto 2.637/1982, de 15 de octubre, con arreglo al cual fue dictada la Norma Específica de Clasificación contenida en la Orden 360/18522/82, discrimina a la promoción de 1954 del Cuerpo de Sanidad respecto de las promociones de 1952 y 1953, ya que éstas no fueron sometidas a ningún tipo de clasificación para asistir al curso de aptitud de mandos superiores. Las promociones de 1952 y 1953 fueron convocadas sin «clasificación atenuada» con arreglo al Real Decreto 1.609/1977, de 13 de mayo, mientras que a los pertenecientes a la promoción de 1954 se les suprimen los derechos consolidados derivados del Real Decreto 1.609/1977 y se les obliga a la «clasificación atenuada» en virtud de lo dispuesto en las Disposiciones transitorias quinta y decimocuarta y anexo V del Real Decreto 2.637/1982.

Esta desigualdad irrazonable para la promoción de 1954 y por tanto para el recurrente, dimana, pues, del derecho transitorio del Real Decreto 2.637/1982 (Disposiciones transitorias quinta, décima, decimotercera y decimocuarta, al suprimir los derechos que se derivaban del cumplimiento de las condiciones de ascenso de las anteriores disposiciones vigentes, que la propia Disposición transitoria tercera de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, había preservado para «los pertenecientes a promociones no clasificadas en grupos o que no hayan alcanzado el régimen de ascenso de esta Ley...». Ademas, el Real Decreto 2.637/1982 crea, sin cobertura en la Ley 48/1981, un nuevo tipo de clasificación, la llamada «clasificación atenuada», cuyo objetivo es contrario a los arts. 5, párrafo final, en relación con el 7, c), ambos de la Ley citada, sin que tal normativa llegue a aplicarse a las promociones de 1952 y 1953, por cuanto poco antes de la publicación y entrada en vigor del Real Decreto ya habían sido convocados al curso de aptitud.

La consecuencia, en definitiva, no es otra que el establecimiento del cupo de cinco que fija la Norma Específica de Clasificación de la Orden 360/18522/82, de 23 de diciembre, no encuentra cobertura en la Ley 48/1981, resulta contraria a la Disposición transitoria quinta del Real Decreto 2.637/1982 e incurre en infracción del art. 14 de la Constitución.

b) De otra parte, dada la contradicción existente entre la Sentencia de 9 de diciembre de 1986 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid y la Sentencia de 29 de noviembre de 1986 de la Sección-Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, ante asuntos iguales, llegan a conclusiones radicalmente distintas, es evidente que se ha provocado un desigual trato sin justificación, incurriendo así tanto la Sala Quinta del Tribunal Supremo que ya tuvo conocimiento de esa desigualdad como la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo, que dispuso de fotocopias testimoniadas de ambas Sentencias en infracción del art. 14 de la Constitución.

c) Finalmente, concreta su petición el recurrente interesando la nulidad de la Orden 360/7972/83, de 26 de mayo, y, como consecuencia de dicha nulidad, la de las Sentencias de instancia, apelación y revisión que conocieron de la misma, declarándose el derecho del recurrente a ser convocado al curso de aptitud de mandos superiores, siendo restablecido en cuantos derechos le hubieran o pudieran haberle correspondido de habérsele convocado en el tiempo previsto y reintegrándole totalmente en el puesto escalafonal que le habría correspondido de haber realizado el curso.

4. Por providencia de 16 de enero de 1989 la Sección. en uso de lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, acordó poner de manifiesto al recurrente y al Ministerio Fiscal la posible existencia de las causas de inadmisión reguladas por los arts. 50.1 a), en relación al 43.1, por falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial procedente, y 50.1 c) por carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional, ambos de la LOTC, concediendo un plazo común de diez días para que formulasen al respecto las alegaciones que estimasen pertinentes.

5. El demandante de amparo, por escrito registrado el 1 de febrero de 1989, solicitó se acuerde la admisibilidad del recurso para dictar, en su día, Sentencia estimatoria del amparo, formulando en su fundamento las siguientes alegaciones. Respecto de la causa de inadmisión fundamentada en el art. 50.1 a), en relación al 43.1 de la LOTC, tras exponer minuciosamente todos los trámites y actuaciones observadas, se afirma que con la Sentencia resolutoria del recurso extraordinario de revisión quedó necesariamente agotada la vía judicial procedente, dado lo dispuesto por el art. 1.810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en cuanto a la segunda de las causas fundadas en el art. 50.1 c) de la LOTC, se afirma que desde el inicial recurso de reposición hasta la sentencia de revisión se ha alegado la infracción del principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, remitiéndose a la detallada fundamentación que de esta alegación se formulase ya en la demanda de amparo. Asimismo, se citan dos Sentencias más de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional las de fecha 7 de diciembre de 1987 y 18 de marzo de 1988, en las que, al igual que en la de 29 de noviembre de 1986, han sido estimados los recursos en casos totalmente homólogos al del aquí recurrente, siéndole a éste, sin embargo, desestimado, con clara infracción del principio de igualdad.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 30 de enero de 1989, interesó la inadmisión del recurso, justificándolo con arreglo a los siguientes razonamientos.

En primer término concurre en autos la causa de inadmisibilidad del art. 50.1 a) en relación con el 43.1 de la LOTC, por cuanto el posible trato discriminatorio se habría originado por la Orden 18.522/1982, de 23 de diciembre, la cual, sin embargo, no fue impugnada, por lo que debe entenderse que fue consentida por el solicitante de amparo, privándose así a la jurisdicción ordinaria de la posibilidad de enjuiciar la posible discriminación que de tal norma se derivaba. Ello determina que no pueda revisarse en amparo, al configurarse este recurso como un remedio subsidiario.

Y, en segundo lugar, concurre también la causa de inadmisión del art. 50.1 c) de la LOTC, ya que los términos de comparación ofrecidos son los restantes miembros de su promoción, respecto de los cuales se efectuó una prueba selectiva, quedando el hoy recurrente por debajo de los cinco aspirantes que le precedían, con lo que no puede alegarse desigualdad infundada respecto a los mismos. Por lo demás, la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo ha dado preferencia al criterio mantenido por la Sala Quinta del Tribunal Supremo frente al sostenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en la Sentencia que se cita, circunstancia por la cual no puede servir para apoyar el recurso.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La vulneración del principio de igualdad que el recurrente alega haber sufrido, se refiere tanto a la resolución administrativa que le excluyó de la asistencia al correspondiente curso de aptitud de mandos superiores como a las Sentencias de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid y de la Sala Quinta y de la Sala Especial de Revisión, ambas del Tribunal Supremo, que en recursos de apelación y de revisión, respectivamente, confirmaron aquélla, dado que la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, ante supuestos idénticos, al menos en tres ocasiones ha resuelto en términos radicalmente distintos, produciéndose así una desigualdad de trato que no se justifica en motivo razonable alguno.

Fijado de este modo el objeto del recurso, por lo que atañe a la presunta vulneración del principio de igualdad que se imputa a las sentencias impugnadas, resulta evidente que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional, ya que la comparación se entabla entre unas Sentencias de la Audiencia Nacional y dos Sentencias del Tribunal Supremo, a fin de pretender el reconocimiento de la infracción del principio de igualdad imputable a estas últimas. La falta de fundamento del tertium comparationis así establecido no requiere de especiales demostraciones, dado que las Sentencias en comparación no son del mismo nivel orgánico o, en todo caso, a las que se imputa la infracción no son de nivel orgánico inferior a las que sirven de comparación, sino todo lo contrario. No otra fue, además, la razón determinante de la inviabilidad procesal del recurso extraordinario de revisión, tal como justificara la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo en el fundamento de Derecho primero de la Sentencia de 16 de junio de 1988.

2. Pasamos de este modo a examinar la vulneración del principio de igualdad que, según se alega, dimanaría de la resolución administrativa por la que no se convocó al recurrente al curso de aptitud.

Aunque el recurrente imputa formalmente dicha vulneración a la Orden 360/7972/83, lo cierto es que, en sí misma, tal resolución no hizo sino seleccionar a los que participarían en el curso de aptitud, ajustándose a lo dispuesto, con carácter previo, en la Orden 360/18522/82 que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12 del Real Decreto 2.637/1982 y en los arts. 43 y 5 del Reglamento para la Clasificación de los Mandos del Ejercito, aprobado por Orden ministerial de 19 de noviembre de 1982, anunció la realización de las «clasificaciones atenuadas», fijando en cinco el cupo de Jefes de la promoción 1954 del Cuerpo de Sanidad que podían asistir al curso. La queja, por tanto, no se dirige contra los criterios de selección y su aplicación por la Junta de Clasificación determinantes de las personas admitidas por la Orden 360/7972/83 para desarrollar el curso de aptitud, sino contra el establecimiento de un cupo limitado de cinco plazas, tachando tal limitación de discriminatoria por relación a los miembros de las promociones del Cuerpo de Sanidad de 1952 y 1953 que no se vieron sujetos a cupo alguno, pudiendo aspirar todos ellos, sin restricción, al curso de aptitud. De manera que a partir de esta premisa, la vulneración del principio de igualdad queda finalmente referida, en realidad, al Real Decreto 2637/1982, de 15 de octubre, y, en concreto, a sus Disposiciones transitorias quinta, décima, decimotercera y decimoquinta.

El recurrente, según afirma en la demanda, invocó ya, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, la vulneración del derecho fundamental que ahora denuncia. si bien ningún pronunciamiento al respecto ha obtenido. Debe observarse, sin embargo, que ello fue debido al hecho mismo del aquietamiento del actor contra la Orden de convocatoria 360/18522/82 que fijaba el referido cupo de cinco, con lo que, tal como se reitera en el fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1987, «... el recurrente muestra una conducta poco consecuente, pues, de un lado, admite -al no impugnarla- la Orden 360/18522/82, de 23 de diciembre, que le incluye en las pruebas de selección, mas cuando se produce el resultado de ellas y aparece excluido opera disconformándose y atacando la norma con la que previamente se había aquietado. Si el recurrente entendió que tal sistema contravenía el criterio legal señalado en la Ley 48/1981, debió alzarse contra aquel acto de convocatoria de inclusión, mas no aquietarse con él para ahora extemporáneamente hacerlo objeto de impugnación indirecta; desviación procesal no admitida en la Ley, pues el acto combatido en el presente recurso es la Orden 360/7972/83 en la que resolviendo el acceso al curso de ascenso se excluyó al recurrente; la impugnación de la Orden 360/18522/82. de 23 de diciembre, no es objeto del presente recurso y debe producir todos sus efectos frente a quien la admitió». De ahí, en fin, que, tal como ya se pusiera de manifiesto en nuestra providencia de 16 de enero de 1989 y ha señalado, asimismo, el Ministerio Fiscal, desde esta perspectiva, hay que reconocer el incumplimiento por el recurrente del requisito del previo agotamiento de la vía judicial previa (art. 43.1, in fine, LOTC), por cuanto la previsión a la que, en realidad, se imputa discriminación no fue impugnada pudiendo haberlo sido, deviniendo así firme y consentida y, por tanto, sin posibilitar que la lesión fuera, en su caso, reparada por los Tribunales ordinarios.

3. Finalmente, concurre así mismo la causa de inadmisibilidad consistente en carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional [art. 50.1 c) de la LOTC], ya que el Real Decreto 2.637/1982, dictado en desarrollo y complementación de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos para militares de carrera del Ejército de Tierra, trata de adoptar unas medidas transitorias hasta la plena implantación del régimen general previsto por la Ley, sin que el hecho de que esas medidas alcancen a unas determinadas promociones de militares y no a otras, que por razones de estricta temporalidad ya habían sido convocadas a los cursos de aptitud con arreglo a criterios posteriormente sustituídos, determine en modo alguno vulneración del principio de igualdad. El art. 14 de la Constitución no impide, en definitiva, que el legislador, o la propia Administración en uso de su potestad reglamentaria, atienda a reformas orgánicas y funcionariales que provoquen cambios en las expectativas que, con arreglo a la situación anterior a la reforma, pudieran tenerse por dichos funcionarios, sin que, al amparo del principio de igualdad, por comparación con situaciones pasadas, pueda pretenderse paralizar o excepcionar la aplicación de la normativa reformadora. Por lo demás, ningún pronunciamiento corresponde a este Tribunal sobre la plena adecuación o no del Real Decreto 2.367/1982 a la Ley 48/1981, ni de la Orden de convocatoria 360/18522/82, de 23 de diciembre, a dichas normas, por cuanto, no apreciándose en sí infracción de la igualdad constitucionalmente garantizada por la aplicación a la promoción del recurrente del cupo de cinco plazas para realizar el curso de aptitud, tal cuestión nos sitúa ante un juicio de estricta legalidad ajeno a esta jurisdicción constitucional.

ACUERDA

En atención a lo expuesto, la Sección acuerda declarar la inadmisibilidad del presente recurso.

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