|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 152/2000 |
| Fecha | de 13 de junio de 2000 |
| 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 | 538-2000 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 538-2000 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, el Pleno acuerda inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 2 de febrero de 2000 tuvo entrada en el Registro general de este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de lo Contencioso- administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, al que se acompaña, junto con el testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 10 de enero de 2000, por el que se acuerda elevar a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley Territorial 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 1999, por presunta vulneración del art. 149.1.18 CE.

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

a) Don Horacio Fortunato Trujillo García, titular de una oficina de farmacia y funcionario interino, ocupando plaza de farmacéutico en la Administración de la Comunidad de Canarias, solicitó a la Consejería de Sanidad, con fecha 8 de marzo de 1999, que se le permitiera mantener abierta su oficina privada de farmacia y, a la vez, la condición de funcionario interino, según el régimen jurídico y retributivo anterior a la entrada en vigor de la Ley Territorial 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa para el ejercicio 1999.

Mediante Resolución de 15 de marzo de 1999 de la Dirección General de la Función Pública, se declara extinguida la vinculación del funcionario interino don Horacio Fortunato Trujillo García con la Administración de la Comunidad Autónoma Canaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera, apartado 3, de la citada 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".

b) Don Horacio Fortunato Trujillo García consideró no ajustada a Derecho esa resolución .y, en consecuencia, interpuso, con fecha 21 de junio de 1999, recurso contencioso-administrativo contra la misma, siendo admitido a trámite con el núm. 22/1999 mediante providencia de 30 de junio de 1999. El recurso se plantea por considerar que la Ley 2/1999 (Disposición transitoria primera) modifica el sistema de incompatibilidades contenido en la Ley 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 funcionario interino 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.

c) La representación procesal de la parte actora, mediante escrito registrado el día 28 de octubre de 1999, solicitó del Juzgado de lo Contencioso- administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife que se planteara cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley Territorial 2/1999.

d) Seguido el expediente por sus trámites, el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife, mediante providencia de fecha 2 de noviembre de 1999, acordó unir el anterior escrito a los autos y oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad. La providencia no especifica el precepto o preceptos afectados de posible inconstitucionalidad ni los artículos de la Constitución que resultarían vulnerados.

e) La parte actora en el recurso contencioso-administrativo, con fecha 13 de noviembre de 1999, manifestó su conformidad con la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999, por posible vulneración de los arts. 9.3, 14, 24, 25 y 149.1.18 CE.

f) Con fecha 15 de noviembre de 1999, el Ministerio Fiscal manifiesta que, en principio, el contenido de los apartados 1 y 3 de la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 "se compadece mal con lo ya regulado en la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas", en concreto, con sus arts. 12.2, Disposición transitoria sexta y Disposición final primera, por lo que podría vulnerarse el art. 149.1.18 CE. Manifiesta dudas sobre la infracción de los arts. 9.3, 14, 24 y 25 CE. Por todo ello, concluye indicando que dicho Ministerio "no se opondría al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad".

g) En cuanto a la representación de la Comunidad Autónoma, mediante escrito registrado el día 18 de noviembre de 1999, manifiesta su oposición al planteamiento de la cuestión. No existe, en su opinión, infracción del art. 14, habida cuenta de que no puede sostenerse el término de comparación entre los funcionarios de carrera (Disposición transitoria primera, apartado 1) y los interinos (Disposición transitoria primera, apartado 3), por ser situaciones diferentes; por consecuencia, tampoco considerado vulnerado el art. 9.3 CE; ni tampoco el art. 149.1.18 CE, ya que la Disposición transitoria primera, apartado 3, no regula ningún sistema de incompatibilidades.

3. Mediante Auto de 10 de enero de 2000, el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm.3 de Santa Cruz de Tenerife formaliza la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley Territorial 2/1999, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE.

El órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad:

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 corno normativa básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE (Disposición final primera).

c) La Disposición transitoria primera de la Ley de Canarias 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 el art. 149.1.18 CE al infringir la normativa básica citada.

En la misma línea argumental, la distinción contenida en dicha Disposición transitoria entre funcionarios de carrera (apartado 1) y funcionarios interinos (apartado 3), puede implicar una nueva vulneración del art. 149.1.18 CE, al no tener en cuenta que el art. 2.2 de la Ley 53/1984 declara que en dicho régimen de incompatibilidades "se entenderá incluido todo el personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo". La Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999 establece un régimen específico para los funcionarios farmacéuticos interinos, diferenciando dicho régimen del de los farmacéuticos funcionarios de carrera, pues mientras los primeros pueden compatibilizar la actividad pública y la privada si optan por mantener su anterior régimen retributivo como funcionarios, no se permite otro tanto a los funcionarios interinos si no cierran su oficina de farmacia en el plazo de un mes, cesando automáticamente en su condición de funcionarios interinos.

4. Mediante providencia de 29 de febrero de 2000, la Sección Tercera acuerda, 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, exponga lo que considere conveniente sobre la admisibilidad de la cuestión.

5. Mediante escrito registrado el día 23 de marzo de 2000, el Fiscal General del Estado se pronuncia en relación con la admisibilidad de la cuestión que le fue solicitada, interesando su inadmisión. Este criterio lo fundamenta en el incumplimiento de los requisitos procesales exigidos en el art. 35.2 LOTC para efectuar la preceptiva consulta a las partes y al Ministerio Fiscal, ya que, en lugar de trasladar a las partes sus propias dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto concreto, señalando, por ello los artículos de la constitución que se podrían estar vulnerando, el órgano judicial se limitó a unir a los autos un escrito de la parte actora en el que solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A tal fin, dictó providencia de audiencia a las partes en la que no se concretan ni los preceptos legales posiblemente dubitados ni los artículos constitucionales de contraste. En opinión del Fiscal General del Estado, se trata de un supuesto similar al que fue objeto de inadmisión por ATC 121/1998, con cita de las SSTC 166/1986, FJ 4, y 126/1997, FJ 4 A), y de los AATC 108/1993, FJ 2, 185/1990 y 56/1997, en el que se acordó la inadmisión por falta de cumplimiento de las condiciones procesales reguladas en el art. 37.1 LOTC, en concreto, de los relativos a la audiencia de las partes.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición transitoria primera de la Ley Territorial 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.

Según el Juzgado proponente, dicha Disposición transitoria podría invadir el ámbito de la competencia estatal relativa al establecimiento de 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.

2. Debemos examinar si se han cumplido los requisitos exigidos para la admisión a trámite de la cuestión, en especial, en lo relativo al trámite de audiencia a las partes y a la formulación del juicio de relevancia, reproduciendo a continuación, para la mejor comprensión, la Disposición transitoria primera 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 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."

3. El Fiscal General del Estado, en el trámite de alegaciones conferido al respecto en nuestra providencia de 29 de febrero de 2000, interesa la inadmisión de la presente cuestión por falta de cumplimiento 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, de acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 de la propia LOTC.

El órgano judicial, habiendo recibido de la parte actora escrito registrado el día 28 de octubre de 1999, mediante el cual se solicitaba el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1999, acordó, mediante providencia de 2 de noviembre de 1999, dar por recibido el citado escrito, unirlo a los autos y, teniendo por hechas dichas manifestaciones, oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común de diez días, sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal.

En dicha resolución, el Juzgado a quo no precisó el precepto o preceptos legales sobre los que se le suscitaba la duda de constitucionalidad ni los artículos de la Constitución que podrían haberse vulnerado, de modo que la parte demandada y el Ministerio Fiscal debieron formular sus alegaciones a partir del escrito de la parte demandante.

Sobre un supuesto similar, hemos manifestado que: "La remisión hecha por la Sala al citado escrito, sin expresar por sí misma los preceptos cuestionados, difícilmente pueda 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 (STC 166/1986, FJ 4), 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 (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 (STC 166/1986, FJ 4). 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 [ATC 185/1990; STC 126/1997, FJ 4 A) y la jurisprudencia allí citada]". (ATC 121/1998, de 21 de mayo, FJ 3.) Puesto que en este caso el órgano judicial no ha tenido en cuenta estas exigencias y la audiencia a las partes no se ha realizado en los términos que reclama el art. 35.2 de la propia LOTC, debemos concluir que no se han satisfecho las condiciones procesales exigidas por el art. 37.1 LOTC para que proceda la admisión a trámite de la cuestión.

ACUERDA

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

Madrid, a trece de junio de dos mil.