|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 1162/1988 |
| Fecha | de 24 de octubre de 1988 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León y don Eugenio Díaz Eimil. |
| Núm. de registro | 360-1988 |
| Asunto | Recurso de amparo 360/1988 |
| Fallo | Por todo lo anterior, la Sección acuerda la no admisión del recurso de amparo y ordena el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito de don Víctor Requejo Calvo, que tuvo entrada en el Juzgado de Guardia el 26 de febrero de 1988, y en este Tribunal el 29 del mismo mes, en nombre y representación de don José María Burón Maestro, se interpuso recurso de amparo contra la Resolución del ilustrísimo señor Consejero de la Presidencia del Principado de Asturias, de I de agosto de 1986, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 4 de febrero de 1988, referentes ambos a la declaración de oficio en la situación de excedencia voluntaria como consecuencia de la aplicación de la normativa sobre incompatibilidades.

2. El recurrente ingresó al servicio del Instituto Nacional de la Salud en 1981 como Médico especialista. En 1985, tomó posesión como Médico adjunto en el Hospital Provincial de Asturias, desempeñando ambos puestos de trabajo sin incurrir en incompatibilidad ni legal ni horaria. Por mandato de la Disposición transitoria tercera de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, solicitó la correspondiente compatibilidad, resuelta por la Resolución ahora impugnada, y previamente recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa solicitando la nulidad de aquélla, la reposición en el puesto de trabajo secundario y el abono de las retribuciones dejadas de percibir. Asimismo, y subsidiariamente, solicitaba la anulación del acto por defectos formales y por oposición a distintas disposiciones. En el caso de considerarse conforme a Derecho se solicitaba que se declarara la obligación de la Administración de indemnizar al efecto por los daños y perjuicios causados.

La Sentencia recurrida desestimó las pretensiones del demandante, considerando que la Resolución administrativa era conforme a Derecho.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la violación de los arts. 14, 23 y 24 de la Constitución.

a) Comienza argumentándose que la normativa en la que se funda la declaración de incompatibilidad viola el principio de igualdad al apartarse de normativas similares anteriores que dieron alternativas distintas; opción entre compatibilización e indemnización (Decreto de 23 de diciembre de 1966 y Orden de 26 de junio de 1977), o indemnización y graduación temporal en jubilaciones forzosas (Real Decreto-ley de 24 de septiembre de 1982, por ejemplo). Esta separación inmotivada de los precedentes carece de causa justificada y razonable.

Rebate a continuación la demanda los posibles argumentos que justificaran la normativa adoptada, señalando que la referencia reaiizada por la exposición de motivos de la Ley 53/1984 al régimen uniforme de incompatibilidades y a la eficacia de la Administración tiene rango infraconstitucional y, por tanto, menor al del principio de igualdad.

Por lo que respecta a la invocación de la solidaridad realizada en su día por el Ministerio de la Presidencia, éste es un valor que no puede pasar por encima de las garantías del Estado social de Derecho, debiendo, pues, prevalecer éstos.

En relación con la conexión entre legislación de incompatibilidades y reforma sanitaria, indica el demandante que no se le ha ofrecido la integración voluntaria en los Equipos de Atención Primaria (Disposición transitoria segunda del Real Decreto de 11 de enero de 1984), ni se le ha ofrecido la posibilidad de transformar su plaza a tiempo parcial en otra de jornada de mañana y tarde.

b) Por lo que respecta a la Disposición transitoria tercera de la Ley de incompatibilidades, señala que la medida allí adoptada (fijación de una edad máxima de permanencia en el empleo), es constitucional por la existencia de límites derivados del respeto a derechos de los demás y al bienestar general, pero, en cuanto supone un sacrificio personal debe ser objeto de compensación, a riesgo de violar los arts. 14.1 y 9 de la Norma fundamental.

Estima la demanda que se viola el art. 14 de la Constitución, en relación con el 33.3 porque al producirse por el acto impugnado una privación de derechos se discrimina por no seguirse un procedimiento expropiatorio.

Señala, asimismo, el recurrente que se viola el art. 14 de la Constitución al discriminársele respecto de otros colectivos (personal militar, Real Decreto 567/1986) y respecto de otras resoluciones como las dictadas el 10 de marzo de 1986 por la Dirección General para la Administración Autonómica de la Comunidad de Madrid.

c) La violación del art. 23.2 viene producida por no permitir permanecer en funciones públicas, lo que está protegido por dicho precepto según la STC 5/1986.

d) Por último, señala el recurrente que la Sentencia impugnada viola el art. 24 de la Constitución. Fundamenta esta violación en la forma en que la decisión judicial resuelve su pretensión subsidiaria de indemnización, ya que, declarándose incompetente, le remite al órgano ejecutivo o jurisdiccional adecuado y no señala cuál sea éste como ordena el art. 5 de la LJCA. Ello impide al recurrente acudir a la jurisdicción, produciéndole indefensión.

4. En virtud de todas las anteriores alegaciones concluye el demandante solicitando a este Tribunal que se anulen las resoluciones recurridas y se declare su derecho a ser inmediatamente repuesto en sus puestos de trabajo considerados secundarios, con abono de las retribuciones dejadas de percibir y, subsidiariamente, si se consideran adecuadas a Derecho, que se declare el suyo a ser indemnizado por los daños y perjuicios. Aun subsidiariamente, solicita que se otorgue tutela judicial remitiendo lo actuado al Tribunal a quo para que resuelva sobre su derecho a ser indemnizado o se le indique la vía y jurisdicción adecuada.

5. Por providencia de 6 de junio de 1988, la Sección Primera de este Tribunal puso de manifiesto la posible concurrencia de las siguientes causas de inadmisión: falta de agotamiento de la vía judicial previa; falta de documento que acredite la representación del solicitante de amparo; y carencia manifiesta de contenido constitucional.

6. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 29 de junio de 1988, la representación del recurrente realizó las siguientes alegaciones:

En relación con la falta de agotamiento de la vía judicial previa, se señala que al tratarse de un asunto de personal la Sentencia de la Audiencia Territorial no es susceptible de apelación.

Por lo que respecta a la falta de contenido constitucional, se resumen básicamente los argumentos en que se basó la demanda.

Al escrito de alegaciones se adjunta poder acreditativo de la representación.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por escrito de 20 de junio de 1988, presentó las correspondientes alegaciones que pueden resumirse como sigue.

La demanda es inadmisible en tanto no se acredite la representación del recurrente.

Respecto de la falta de agotamiento de la vía judicial previa, entiende que concurre parcialmente esta causa de inadmisión ya que cabría el recurso de revisión previsto por el art. 102.1 g) de la LJCA.

No realiza el Fiscal estudio alguno sobre el fondo del asunto, limitándose a señalar que existen distintos procesos constitucionales pendientes de resolución sobre la materia, por lo que, a su juicio, debe admitirse el recurso a trámite si se subsana la falta de acreditación de la representación.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. No concurre la primera causa de inadmisión puesta de manifiesto en su día al haberse subsanado mediante la entrega de poder acreditativo de la representación del recurrente.

2. Concurre, de forma parcial, la segunda causa de inadmisión. Señala el recurrente que no cabía recurso alguno contra la Sentencia impugnada por tratarse de un asunto de personal [art. 94.1 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa]. Al margen de que podría llegarse a plantear si cabía este recurso por entenderse que concurre la excepción establecida en ese mismo precepto (separación de empleados públicos inamovibles), -interpretación que, no obstante, sería excesivamente rigurosa-, tal y como señala el Ministerio Fiscal, el art. 102.1 g) permite plantear el recurso de revisión cuando en la Sentencia de la Audiencia Territorial «no se resolviese alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación». Una de las infracciones denunciadas es precisamente ésta, habiendo debido pues, el recurrente acudir al citado recurso de revisión que, aunque extraordinario, hubiera permitido que se diera respuesta a su queja.

3. Antes de entrar en el fondo del asunto, procede señalar que aunque, como recuerda el Ministerio Fiscal, existen pendientes asuntos sobre la compatibilidad entre la Ley 53/1984 y la Norma fundamental, ello no impide entrar en el contenido de la presente demanda cuyas particularidades excluyen, como se verá, entrar a valorar el posible conflicto entre la citada Ley y la Constitución.

4. Dos son los tipos de violaciones de sus derechos fundamentales que el demandante plantea en su escrito; las que proceden directamente del acto administrativo y la falta de tutela imputable al Tribunal Contencioso- Administrativo.

a) Comenzando por el primer grupo de alegaciones, todas las que se refieren a la violación de los arts. 14 y 23 de la Constitución (principio de igualdad) los elementos de comparación aportados resultan insuficientes, según la reiterada doctrina de este Tribunal.

Así, la «incompatibilidad» y la «jubilación» son dos hechos absolutamente distintos y de naturaleza y efectos jurídicos diversos; en otro punto, se intenta también comparar distintos cuerpos de funcionarios, que, como se señaló en la STC 7/1984, son estructuras resultado de la «creación del Derecho» y, en consecuencia no es posible su equiparación en abstracto, máxime cuando el cuerpo al que pretende realizarse la equiparación (Médicos militares) es tratado por el legislador como excepción suficientemente razonada. Tampoco puede compararse la aplicación de la ley realizada por distintos entes administrativos a los efectos de justificar una discriminación, tal y como pretende la demanda, señalando las diferencias existentes entre la aplicación realizada por la Dirección General para la Administración Autonómica de la Comunidad de Madrid y la de la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias.

b) A lo largo de su demanda, el recurrente intenta conectar las consecuencias de la aplicación de la legislación de incompatibilidades con el art. 23.2 de la Constitución, en su faceta de impedir permanecer en un puesto público, señalando que si existen razones que justifiquen la medida debe indemnizarse la privación del derecho (art. 33.3 de la C.E.). Este tema ha sido resuelto por la STC 99/1987, de 11 de junio, donde se establece que una cosa es que en la relación funcionarial se adquieran derechos y otra es que «aparezcan como inmodificables en su contenido concreto» (fundamento jurídico 6.º) De ello se deriva que no pueda «reprocharse a las normas que se impugnan el efecto de su privación y por tanto habrá de concluir por rechazar la pretendida vulneración del art. 23.2 de la Constitución. No hay privación de derechos; sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible» (fundamento jurídico 6.º), como el propio art. 23.2 establece al referirse a los requisitos que señalen las leyes.

c) Por lo que respecta a la pretensión sustanciada ante este Tribunal del recurrente de indemnización, al margen de lo que podría derivarse de las anteriores consideraciones, hay que recordar la constante jurisprudencia consistente en señalar que no es la vía de amparo la adecuada para solicitar una indemnización por daños y perjuicios (STC 2/1987, por ejemplo).

5. Por último, hay que analizar la pretendida vulneración del art. 24 de la Constitución por parte de la Sentencia del Tribunal a quo que derivaría de su negativa a pronunciarse sobre el derecho a indemnización y, en su caso, a informar de la instancia a la que habría de solicitar la misma. A este respecto hay que señalar que la Sentencia recurrida ha resuelto en Derecho la pretensión. El Tribunal razona perfectamente señalando que al no existir derecho a la indemnización no procede pronunciarse sobre el mismo. Otra cosa es que la Sentencia se refiera a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han dejado abierta la puerta a que el legislador pueda, en ocasiones, prever el establecimiento de «compensaciones». Con ello, pretende el Tribunal ilustrar la fundamentación de su decisión, señalando una posibilidad, no arbitrada en este caso por el legislador. El inciso final del fundamento de Derecho quinto advierte de ello al recurrente por si quiere ejercer algún tipo de petición o, incluso de acción, respetando un derecho suyo, pero tras justificar claramente que no existe derecho a indemnización. No puede, pues, reprochársele que no se pronuncie sobre una pretensión ni que no informe de las vías adecuadas. Lo que hace es justamente lo contrario; resolver en Derecho denegando su pretensión e informar del posible uso de otras vías que el recurrente puede seguir si lo cree conveniente, a pesar de estimar el Tribunal que carece de derecho ejercitable. Difícilmente puede determinar cuáles sean esas vías al fundamentar la inexistencia de derecho subjetivo.

ACUERDA

Por todo lo anterior, la Sección acuerda la no admisión del recurso de amparo y ordena el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.