

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13466 *Pleno. Auto 116/2020, de 22 de septiembre de 2020. Cuestión de inconstitucionalidad 2568-2020. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 2568-2020, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.*

ECLI:ES:TC:2020:116A

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, en cuestión de inconstitucionalidad núm. 2568-2020, promovido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria al concurrir vicio de inconstitucionalidad en el inciso «con vinculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud».

AUTO

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este tribunal el 19 de junio de 2020, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santander remitió auto de 4 de junio de 2020, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria al concurrir vicio de inconstitucionalidad en el inciso «con vinculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud» por infracción de los artículos 14, 149.1, 16, 17 y 18 CE, por desconocimiento de la legislación básica del Estado recogida en los arts. 9.5, 40 y disposición final primera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, en los arts. 40 y 41 y disposición final primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; en el art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; y en los arts. 4.6 y 37 a 39 la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

2. En síntesis, presentan relevancia para esta cuestión de inconstitucionalidad los siguientes antecedentes:

a) En fecha 21 de octubre de 2019 don Diego Benito Gallego formuló demanda contencioso-administrativa contra la resolución de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria que desestima por silencio el recurso de alzada contra la resolución del director gerente del Servicio Cántabro de Salud de 1 de abril de 2019 que deniega al actor, enfermero interino del hospital universitario Marqués de Valdecilla, el acceso al grado 1 de carrera profesional en la convocatoria 17PCP/1802.

b) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander dictó providencia de 14 de febrero de 2020 por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que, por un plazo común e improrrogable de diez días, pudieran formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010 de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la redacción de la Ley 9/2017, de 26 de diciembre, por su posible contradicción con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y con el art. 149.1.1, 16, 17 y 18 CE por desconocimiento de la legislación básica del Estado recogida en los arts. 9.5, 40 y disposición final primera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, en los arts. 40 y 41 y disposición final primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; en el art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; y en los arts. 4.6 y 37 a 39 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

c) Las alegaciones interesadas fueron evacuadas, con fecha de 21 de febrero de 2020, por el Ministerio Fiscal, no oponiéndose al planteamiento de la cuestión; la parte demandante lo hizo, con fecha de 26 de febrero de 2020, en el mismo sentido y la representación del Gobierno de Cantabria procedió a formular alegaciones con fecha de 5 de marzo de 2020, oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

d) Por Auto de 4 de junio de 2020, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria al concurrir vicio de inconstitucionalidad en el inciso «con vinculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud» por infracción de los artículos 14, 149.1.1, 16, 17 y 18 CE, por desconocimiento de la legislación básica del Estado recogida en los arts. 9.5, 40 y disposición final primera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, en los arts. 40 y 41 y disposición final primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; en el art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; y en los arts. 4.6 y 37 a 39 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

3. El auto de planteamiento de la cuestión comienza recordando los antecedentes del litigio principal: el actor es enfermero, con nombramiento de personal interino en el hospital Universitario Marqués de Valdecilla y participó en la convocatoria para el reconocimiento de grado de la carrera profesional efectuada en resolución CVE-2018-2636 BOC («Boletín Oficial de Cantabria»), de 20 de marzo de 2018, solicitando el grado 1 al entender que acredita cinco años de servicios en instituciones del Sistema Nacional de Salud, pues presenta documentación donde aparecen nombramientos administrativos y contrataciones laborales en los servicios del sistema de salud extremeño, castellano leonés, aragonés, y cántabro.

La resolución del director gerente del Servicio Cántabro de Salud de 1 de abril de 2019 deniega al actor el acceso al grado 1 de carrera profesional con una escueta motivación consistente en que el actor no ha prestado servicios con vínculo administrativo durante los años exigidos en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente según exigen la convocatoria y la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

El auto de planteamiento de la cuestión considera bajo el epígrafe de juicio de relevancia que el resultado del pleito depende de la aplicación de la disposición adicional

undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, introducida por art. 15 de la Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas y conforme a la cual:

«Con efectos de 1 de enero de 2018 y vigencia indefinida, lo dispuesto en los artículos 56 y 61.2 e) de la presente ley resultará de aplicación al personal interino de instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud, siempre que haya prestado servicios con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud en la misma plaza u otra de contenido funcional equivalente.»

El auto de planteamiento considera que concurriría vicio de inconstitucionalidad en el inciso «con vínculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud».

Prosigue el auto de planteamiento de la cuestión señalando que el Servicio Cántabro de Salud, en sus alegaciones, entiende que la clave del pleito no sería tanto el lugar de prestación de servicios como la naturaleza de los mismos, administrativos o laborales, de modo que, al exigirse en esa norma que los servicios sean administrativos, el actor nunca cumpliría el requisito. Considera el auto que la alegación del Servicio Cántabro de Salud no altera la realidad de que, en todo caso, la norma aplicada es la misma. Es decir, en todo caso, lo determinante del resultado del pleito sigue siendo la disposición adicional undécima en el inciso cuestionado, porque de su validez constitucional o no, en todo o en parte de ese inciso, dependerá la solución a la controversia. Ello, sin perjuicio, afirma el auto de la cuestión fáctica de comprobar los servicios alegados y su naturaleza y del ajuste constitucional en todo o en parte del precepto, pues como se desarrolla a continuación para el personal fijo no se exige que los servicios en instituciones del Servicio Cántabro de Salud sean de vínculo administrativo.

Explica a continuación el auto de planteamiento de la cuestión el por qué solo se opta, procesalmente, por el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, pues «ciertamente, se cuestiona la norma legal desde una doble perspectiva, europea y constitucional». Para el auto «este juzgador, por los mismos motivos que se expondrán en el punto segundo del planteamiento, está convencido de que la norma cuestionada es contraria al art. 4.1 del acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE] y por ello, sería inaplicable, pudiendo resolver directamente ya que es órgano de primera instancia. Pero esta solución, dado que también existe, afirma el auto, una clara infracción de la Constitución, no permitiría aplicar la función depuradora del ordenamiento, excluyendo del mismo, una norma que se entiende inconstitucional. Y, además, a la vista de la última doctrina del Tribunal Constitucional en la materia podría bien, obligar al órgano de segunda instancia a plantear cuestión prejudicial o bien podría motivar un recurso de amparo por no hacerlo. Y, en aras de la economía procesal, se entiende que todos los objetivos, de resolución del litigio y de depuración del ordenamiento, se consiguen planteando la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que, a la vista de la respuesta que dé el Tribunal Constitucional, este juzgador opte por la vía del derecho europeo, o bien resolviendo o bien planteando la cuestión prejudicial».

Procede a continuación el auto de planteamiento de la cuestión a desarrollar los motivos de inconstitucionalidad.

En primer lugar, la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria, tiene como consecuencia el que, en el ámbito del Servicio Cántabro de Salud, profesionales del sistema nacional que hayan ejercido idénticas funciones fuera de tal Servicio Cántabro de Salud, no tengan reconocidos los mismos derechos (en el ámbito de la carrera/desarrollo profesional) por razón, exclusivamente, del lugar del territorio nacional en que se hayan prestado esos servicios. Así, profesionales que hayan desarrollado sus servicios en otras comunidades autónomas, no podrán acceder a ese desarrollo de la carrera, exclusivamente, por una razón territorial. Esto, suscita la compatibilidad de tal norma legal con el art. 14 CE. La falta de justificación en la

diferencia de trato se entiende como una discriminación por razón del territorio entre profesionales de las distintas comunidades autónomas.

En segundo lugar, se denuncia, de nuevo, una diferencia de trato, carente de motivación objetiva y suficiente, entre el personal temporal y el personal fijo, lo que supone una discriminación en aplicación de la cláusula cuarta del acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE. Pues bien, de acuerdo con el auto de planteamiento de la cuestión, sobre esta cuestión, existe suficiente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también el Tribunal Supremo resolviendo que, efectivamente, los empleados de los servicios de salud están en el ámbito de la directiva, que la carrera profesional es una condición de trabajo, a efectos de la directiva y que solo cabe admitir una diferencia de trato fundada en causas razonables y objetivas, que no pueden consistir precisamente en la temporalidad, las cuales debe apreciar, en el caso, el juez nacional. Ahora bien, con independencia de la problemática en el ámbito de la directiva, de nuevo se suscita, afirma el Auto de planteamiento de la cuestión, el que, si existe, efectivamente, una discriminación prohibida por esa norma europea difícilmente podrá sostenerse que no hay una discriminación en el ámbito del art. 14 CE.

Para el personal fijo, no se exige que los servicios se presten en el ámbito territorial del Servicio Cántabro de Salud. Pero, es más, tampoco se exige que esos servicios se hayan prestado por vínculo administrativo, excluyendo el laboral. Solo se exige que se hayan prestado dentro del sistema nacional de salud. Esta doble exigencia, de naturaleza del vínculo y territorial, es una doble diferenciación respecto del personal fijo que solo se aplica por una razón: la temporalidad del nombramiento. Y de nuevo, no hay explicación alguna de tal diferencia cuando el actor, en este caso, ha prestado servicios en instituciones públicas sanitarias fuera de la confesada intención de excluir a profesionales de otras comunidades por un eventual efecto llamada y restringir el acceso del personal temporal a la carrera, mientras dure esa situación de temporalidad, con el tipo de nombramiento o contrato. Tal es así, que de hecho ni se analizan las funciones del actor, el tipo de servicios prestados con nombramiento laboral en otras comunidades, su equivalencia con los del Servicio Cántabro de Salud, coincidencia funcional, etc. Sencillamente, la norma excluye de plano toda posibilidad de reconocimiento a diferencia de lo que sucede con el personal fijo.

De acuerdo con el auto de planteamiento de 4 de junio se entiende que, en el presente asunto, la doble exigencia de naturaleza del vínculo administrativo y de territorialidad del servicio, no se fundamenta en razones objetivas y suficientes y por ello, supone vulneración del art. 14 CE sin perjuicio de serlo, también de la cláusula 4.1 del acuerdo marco.

En tercer lugar, y por último, el auto de planteamiento de la cuestión analiza la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva competencial, porque una cosa es que la Comunidad Autónoma de Cantabria pueda regular en su ámbito, la carrera profesional del personal sanitario y otra, que no existan límites por la presencia de otras competencias estatales.

Señala el auto de planteamiento que la comunidad autónoma puede regular el sistema de carrera profesional pero no puede hacerlo vulnerando los principios básicos del sistema establecido por el Estado, entre los que está el de libre circulación, que si rige para el personal fijo, por razones de igualdad, regirá para el temporal. Precisamente, la justificación que se da es evitar esa libre circulación del personal temporal, no reconociendo servicios de quienes lleguen de otros territorios y advirtiendo al personal propio que, de trasladarse temporalmente, esos servicios no se reconocerán. Esta regulación precisamente perjudica estos principios de libre circulación en el sistema nacional de salud introduciendo restricciones que las normas estatales no contemplan, lo que supone una invasión competencial.

Concluye el auto señalando que, lo que se suscita es si, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la normativa básica que el mismo auto recoge, la Ley de Cantabria ha vulnerado dichas bases e invadido la competencia estatal (art. 149.1.1, 16,

17 y 18 CE), al introducir una exclusión por razón del territorio de los servicios prestados en otras comunidades, impidiendo, con ello, la libre circulación de dichos profesionales en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

4. Por providencia de 14 de julio de 2020, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó oír al fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), alegase lo que considerase conveniente «acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) por defectuosa realización del juicio de aplicabilidad.

5. La fiscal general del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 5 de septiembre de 2020, en el que concluye que procede inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por la defectuosa realización del juicio de aplicabilidad.

Después de hacer una exposición de los antecedentes y de recoger los razonamientos del auto de planteamiento de la cuestión, comienza el escrito destacando el cumplimiento del requisito procesal de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

En cuanto a la aplicabilidad de los preceptos legales cuestionados y tras recordar la doctrina recogida en el ATC 202/2016, FJ 2, considera la fiscal general del Estado que el auto de 4 de junio de 2010; por el que se ha planteado la presente cuestión de inconstitucionalidad, contiene una serie de afirmaciones o reflexiones que cuestionan la correcta formulación del juicio de aplicabilidad, pues para el órgano judicial, la disposición legal cuestionada, no sería aplicable al caso debatido en el proceso y, por tanto, determinante de la validez del fallo ya que, en el auto de planteamiento, sugiere la posibilidad de que la disposición legal sea contraria al derecho europeo.

Así, señala la fiscal como en el auto de planteamiento, el órgano judicial, al acotar la duda de constitucionalidad de la eventual contradicción del inciso de la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010 de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su redacción de la Ley 9/2017, de 26 de diciembre, precisa que «ciertamente, se cuestiona la norma legal desde una doble perspectiva, europea y constitucional» y afirma que «este juzgador [...] está convencido de que la norma cuestionada es contraria al art. 4.1 del acuerdo marco y, por ello, sería inaplicable, pudiendo resolver directamente ya que es órgano de primera instancia».

A la vista de las anteriores afirmaciones del órgano promotor de la cuestión en su auto de planteamiento, considera la fiscal general del Estado que no puede entenderse cumplido adecuadamente el juicio de aplicabilidad, lo que afecta a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, pues es requisito de la misma que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC).

Prosigue la fiscal general recordando que si tuviera dudas sobre la conformidad al derecho europeo de la disposición adicional undécima, antes de plantear cuestión de inconstitucionalidad, debe plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y así, despejar la duda sobre la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea, pues, de existir dicha incompatibilidad, la misma sería causa de la inaplicabilidad de la disposición legal cuestionada y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible una vez que se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión.

Por tanto, el órgano judicial, al exteriorizar el razonamiento por el que considera aplicable la norma al litigio, introduce, en el mismo, una serie de dudas razonables sobre la aplicabilidad final de la norma al litigio en que la cuestión se ha suscitado y la conveniencia del planteamiento de la cuestión. El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contiene una serie de reflexiones contradictorias sobre la aplicabilidad de la disposición legal que abonan un defectuoso planteamiento del juicio de aplicabilidad de la norma y ponen en cuestión que el pronunciamiento del Tribunal

acerca de la cuestión sea relevante para la determinación del fallo del concreto proceso en que se ha suscitado esta.

Por todo ello concluye el escrito de la fiscal general del Estado considerando que procede inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por la defectuosa realización del juicio de aplicabilidad.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, ha promovido cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria al considerar que concurre vicio de inconstitucionalidad en el inciso «con vinculo de derecho administrativo durante cinco años en las instituciones sanitarias del Servicio Cántabro de Salud» por infracción de los artículos 14, 149.1.1, 16, 17 y 18 CE, por desconocimiento de la legislación básica del Estado recogida en los arts. 9.5, 40 y disposición final primera de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, en los arts. 40 y 41 y disposición final primera de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; en el art. 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; y en los arts. 4.6 y 37 a 39 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

La fiscal general del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, considera que procede inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad por la defectuosa realización del juicio de aplicabilidad.

2. El art. 37.1 LOTC establece que este tribunal puede rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del fiscal general del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales exigibles o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

En cuanto a los requisitos procesales necesarios para el adecuado planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, es preciso recordar que el art. 163 CE y los apartados 1 y 2 del art. 35 LOTC exigen que la norma con rango de ley, de la que el órgano judicial tenga dudas sobre su constitucionalidad, resulte «aplicable al caso» y que de su validez «dependa el fallo»; debe ese órgano judicial «especificar o justificar» en el auto de planteamiento «en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión». En atención a ello, es exigible que el precepto legal cuestionado supere los llamados juicios de aplicabilidad y relevancia, que se erigen en requisitos esenciales para impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad; así sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita. Por tanto, no basta con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacer el juicio de relevancia. Si bien la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para el planteamiento de la cuestión, no es, en modo alguno, condición suficiente, pues es preciso justificar además que de su validez depende la decisión del proceso (entre otras muchas, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 4; 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2; 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 2, y 79/2015, de 30 de abril, FJ 3, y ATC 12/2016, de 19 de enero, FJ 2).

Este tribunal, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar inconsistente o errada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad y relevancia de la norma cuestionada. Con ello se garantiza que la cuestión responde a la finalidad concreta que la justifica y se evita que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 6/2010, de 14 de abril, FJ 3; 151/2011, de 29 de septiembre, FJ 3; 84/2012, de 18 de abril, FJ 2;

146/2012, de 5 de julio, FJ 3, y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2; AATC 155/2013, de 9 de julio, FJ 2, y 188/2015, de 5 de noviembre, FJ 2).

3. La aplicación en este caso de la referida doctrina constitucional conduce a declarar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento del juicio de aplicabilidad. Como ha quedado transcrito en los antecedentes de esta resolución, el auto de planteamiento del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander de 4 de junio de 2020, afirma querer explicar el por qué solo se opta, procesalmente, por el planteamiento de la cuestión ante este Tribunal Constitucional, pues «ciertamente, se cuestiona la norma legal desde una doble perspectiva, europea y constitucional». Para el auto de 4 de junio de 2020 «este juzgador, por los mismos motivos que se expondrán en el punto segundo del planteamiento, está convencido de que la norma cuestionada es contraria al art. 4.1 del acuerdo marco (se trata del acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE) y por ello, sería inaplicable, pudiendo resolver directamente ya que es órgano de primera instancia. Pero esta solución, dado que también existe (afirma el auto) una clara infracción de la Constitución Española, no permitiría aplicar la función depuradora del ordenamiento, excluyendo del mismo, una norma que se entiende inconstitucional. Y, además, a la vista de la última doctrina del Tribunal Constitucional en la materia podría bien, obligar al órgano de segunda instancia a plantear cuestión prejudicial o bien podría motivar un recurso de amparo por no hacerlo. Y, en aras de la economía procesal, se entiende que todos los objetivos, de resolución el litigio y de depuración del ordenamiento, se consiguen planteando la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que, a la vista de la respuesta que dé el Tribunal Constitucional, este juzgador opte por la vía del derecho europeo, o bien resolviendo o bien planteando la cuestión prejudicial».

Planteada la cuestión en estos términos, hemos de remitirnos como ya hicimos en el ATC 202/2016, de 13 de diciembre, al que se refiere el escrito de la fiscal general del Estado, al ATC 168/2016, de 4 de octubre, que ha sentado doctrina (reiterada en los AATC 183/2016 y 185/2016, ambos de 15 de noviembre, según la cual dicho enfoque determina que no pueda entenderse cumplido, respecto de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC).

Reconociendo que el juez ordinario se encuentra ante una tesitura difícil cuando considere en un proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución y, al propio tiempo, albergue dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, el referido ATC 168/2016 razona en su fundamento jurídico 4 lo siguiente:

Conviene tener en cuenta al respecto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea solo admite la precedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la cuestión prejudicial del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en tanto no se perjudique su competencia para interpretar el Derecho de la Unión Europea: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*; de 11 de septiembre de 2014, asunto *A c. B y otros*; y de 4 de junio de 2015, asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*. De este modo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un órgano jurisdiccional nacional que albergue dudas acerca de la compatibilidad de una normativa nacional, tanto con el Derecho de la Unión Europea como con la Constitución del Estado miembro de que se trate, no está privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación, de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones prejudiciales sobre la interpretación o la validez de ese Derecho por el hecho de que esté pendiente un procedimiento de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el correspondiente Tribunal Constitucional. En suma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pretende hacer valer la primacía del Derecho de la Unión vedando que los procesos

constitucionales internos puedan impedir, dificultar o retrasar el planteamiento de una cuestión prejudicial ex art. 267 TFUE.

Pues bien, al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal «aplicable al caso», ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable.

Dicho de otro modo, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a no aplicarla. Si lo que sucede es que alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Así lo advertimos en la STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 6, al afirmar que «obviamente, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad».

En efecto, una vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha emitido un juicio positivo en la cuestión prejudicial sometida a su consideración, declarando que la norma legal nacional es compatible con el Derecho de la Unión Europea, entonces ya no hay duda acerca de que la norma legal es «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). Desde esta perspectiva, ningún obstáculo existe para que el órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad y, en definitiva, para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de esa norma. Por el contrario, si el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial fuese negativo, declarando que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión, esa norma deviene, en consecuencia, inaplicable al caso, por lo que no cabría plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En suma, estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC).

A diferencia de la situación examinada por el ATC 168/2016, en el presente caso no se trata de un planteamiento simultáneo de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino de un planteamiento prioritario o preferente de la primera sobre la segunda. Sin embargo, de la doctrina transcrita se desprende que concurre la misma causa de inadmisión en la presente cuestión de inconstitucionalidad, ya que al tiempo de plantearla el órgano judicial ha exteriorizado sus dudas acerca de la compatibilidad de la disposición adicional

undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria con el Derecho de la Unión Europea, por lo que vendría obligado bien a no aplicarla, bien a plantear primero la cuestión prejudicial, y solo cuando haya quedado descartada la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho de la Unión Europea cabría plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Por el contrario, el juzgado promotor ha dado prioridad al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial europea, cuando lo cierto es que la irresuelta decisión acerca de la eventual incompatibilidad de la disposición adicional undécima de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de personal estatutario de instituciones sanitarias de la Comunidad Autónoma de Cantabria con el Derecho de la Unión, de confirmarse, sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 37.1 LOTC).

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a veintidós de septiembre de 2020.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.