

AMPARO CONSTITUCIONAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL ¿UN NUEVO GIRO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL? COMENTARIO A LA STC 212/2014, DE 18 DE DICIEMBRE

CRISTINA IZQUIERDO SANS

Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Profesor Titular.
Ex Letrada del Tribunal Constitucional

Revista Española de Derecho Europeo 55
Julio – Septiembre 2015
Págs. 107 – 132

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. III. LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DE LA STC 212/2014, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014. IV. LA STJUE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ¿PERMITÍA UNA «DUDA OBJETIVA» EN EL SUPUESTO DE LA STC 212/2014, DE 18 DE DICIEMBRE? V. UNA REFLEXIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

RESUMEN: La STC 212/2014, de 18 de diciembre, da un paso más en el dibujo de la jurisprudencia constitucional relativa a la vulneración de la tutela judicial efectiva por el órgano judicial como consecuencia de la no interposición de la cuestión prejudicial. El Tribunal Constitucional se ratifica en la posición consagrada en la STC 27/2013, de 11 de febrero, y declara que, cuando no hay inaplicación de ley, limitará el control sobre la resolución que denegó la interposición de la cuestión prejudicial al habitual control externo que ejerce sobre cualquier otra resolución judicial. En ese control, ni siquiera analizará si existe o no duda objetiva, sino únicamente si

ABSTRACT: Judgement of the Spanish Constitutional Court 212/2014, of December 18, comes back on the issue of whether the refusal by national courts to request for a preliminary ruling of the ECJ can hinder the right to effective judicial protection. The Constitutional Court confirms the doctrine previously established in its judgment 27/2013, of February 11, according to which the decision of a national court nor to refer a case to the ECJ deserves the same kind a control («external control») than any other judicial decision, except when is decides to set aside provisions of a law which is incompatible with Union law. Therefore, in its view, the Constitutional Court is not called to discuss if the interpretation of an EU legal act to be applied

está suficientemente motivada la inexistencia de duda por el órgano judicial. En definitiva, el Tribunal Constitucional no quiere jugar a ser garante del art. 267 TFUE.

by the national court raises any doubt, but only if its decision not to refer the case was dully motivated. Thus, the Constitutional Court refuses being the guarantor of the Article 267 TFEU.

Fecha de recepción del original: 17 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 8 de julio de 2015

I. INTRODUCCIÓN

La Vicepresidenta del Tribunal Constitucional de nuestro país, la Magistrada Adela Asua Batarrita, afirma en su Voto particular a la STC 212/2014, de 18 de diciembre (RTC 2014, 212) – que, en tal pronunciamiento, el Pleno del Tribunal: *«viene a retomar la doctrina anterior a la STC 58/2004, según la cual la infracción del art. 267 TFUE no afecta al art. 24 CE salvo en el supuesto de que el Juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (así, las SSTC 180/1993, de 31 de mayo, y 201/1996, de 9 de diciembre). En definitiva, se opta por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna, desconociendo los parámetros del Derecho europeo respecto a la delimitación del «acto claro», asentados sobre la ausencia intersubjetiva de duda alguna. Con ello, se produce un lamentable retroceso con respecto a la doctrina resultante de la STC 58/2004, que inauguraba un nuevo posicionamiento sobre la relevancia constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial».*

La Vicepresidenta reiteraba lo ya expresado en su voto particular a la STC 27/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 27). En este último, además, había señalado que: *la existencia o inexistencia de una duda no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna. El órgano judicial alcanza en la Sentencia impugnada por su propia, autónoma y exclusiva convicción la conclusión sobre la forma correcta de interpretar el Derecho de la Unión, sin aportar elementos externos y objetivos de contraste o de apoyo de esa convicción que acrediten que la misma evidencia será compartida por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y aún por el propio Tribunal de Justicia. Por ello, nuestro fallo debió otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia, declarar que se vulneró el derecho del recurrente a una motivación pertinente conforme a los criterios aplicables a la problemática del planteamiento de la cuestión prejudicial europea (art. 24.1CE).*

Las palabras de la Vicepresidenta están expresadas sin matices que las suavicen. Acusa al Tribunal Constitucional de un particular entendimiento de la doctrina del acto claro del TJUE, *desfigurándola hasta hacerla irreconocible* y, en consecuencia, de renunciar a ser garante de la correcta aplicación del actual artículo 267 TFUE¹.

1. La doctrina sobre la cuestión prejudicial es muy abundante. Traigo aquí lo más útil a los efectos de nuestro estudio: R. ALONSO GARCÍA: *El juez español y el Derecho comunitario*, Valencia, 2003; del mismo autor, «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva

El estudio que a continuación se presenta tiene como pretensión analizar si, tras un número ya no desdeñable de pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional sobre el tema, la posición tomada por la Magistrada se puede compartir.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En el año 2003 R. ALONSO GARCÍA² afirmaba que la jurisprudencia constitucional no permitía otorgar el amparo contra el incumplimiento de no plantear la cuestión prejudicial, sino sólo contra la arbitrariedad, irrazonabilidad o error en la fundamentación de la resolución de fondo³. En realidad, era opinión generalizada que el art. 267 TFUE no presentaba prácticamente ninguna especificidad con respecto al resto de las normas comunitarias y se trataba igualmente de una norma cuya violación carece, en principio, de relevancia constitucional, por lo que no era susceptible de amparo⁴. En el año 2004 el Tribunal Constitucional dictó la primera sentencia

(a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010», *IDEIR*, nº 4 (2011). Dirigido por el mismo autor y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA resulta muy interesante y actualizado, sobre diversos aspectos de la cuestión prejudicial, el número de *European Inklings (EUi)* bajo el título *La Cuestión prejudicial europea*, número 4, 2014, IVAP; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «La posición del Tribunal Constitucional en la articulación entre Tribunales comunitarios y Tribunales nacionales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Dir.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas-Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, pp. 493-507; M. FRAILE ORTIZ, «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *REDE*, nº 7, 2003, pp. 433 y ss; P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho de la Unión», *REDC*, CEPC, año 24, núm.72, sept-dic 2004, pp. 315 y ss; J. MORCILLO MORENO, «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», *Noticias de la Unión Europea*, nº 201, 2001, pp. 9 y ss; M. CIENFUEGOS MATEO, «La apreciación de la necesidad de plantear una cuestión prejudicial ex artículo 267 del Tratado CE en la jurisprudencia española», *Noticias de la Unión Europea*, nº 163-164, 1998, pp. 9 y ss; S. ORTIZ VAAMONDE, «El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario», *REDC*, vol. 21, núm. 61, 2001, pp. 301 y ss.

2. R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho de la Unión*, op. cit., p. 285.
3. El autor reflexiona entonces sobre la STC 35/2002, de 11 de febrero, en la esperanza de que pudiera ser una apertura del TC, pues dispuso la obligación del órgano judicial de motivar la decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, exigencia directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho. Es plausible la aplicación de esta doctrina a la cuestión prejudicial, pero en todo caso se trataría de un mero análisis de tutela, que ya había sido admitido. R. ALONSO GARCÍA, *El juez español...*, op. cit., p. 288.
4. El debate sobre la especificidad del art. 267 TFUE en relación con el resto del Derecho de la Unión, se concreta en si de él puede derivarse una obligación procedimental en la actuación de los órganos judiciales que se sume al conjunto de obligaciones procedimentales que para los órganos judiciales se desprenden del art. 24 CE y que se erigen como derechos fundamentales del individuo en el proceso. Ninguna otra norma comunitaria pudiera tener esa carga. La dificultad estriba en el importante margen de maniobra que el órgano judicial tiene en la cuestión prejudicial en su vertiente interpretativa, de muy especial naturaleza. Por lo que hace a la cuestión prejudicial de validez, su semejanza con

estimatoria de un recurso de amparo: la STC 58/2004, de 19 de abril. Se ha afirmado que a esta sentencia le rodeaban unas circunstancias que hacían del otorgamiento del amparo prácticamente un imperativo de lógica jurídica. La afirmación es muy cierta y la cuestión es ¿por qué era así?⁵.

La STC 58/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 58), tiene unos hechos complejos que desbordan con mucho nuestro objeto de análisis⁶. No obstante, sí hemos de retener que la clave del debate se centraba en el régimen tributario de las «máquinas tragaperras», cuyos propietarios debían pagar una tasa, denominada tasa fiscal sobre el juego, que permaneció en nuestro país una vez realizada la armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios que se lleva a cabo con el establecimiento del IVA. La discusión se reducía, en el fondo, a la calificación de la tasa fiscal sobre el juego como un impuesto sobre el volumen de negocios o no. De considerarse un

la cuestión de inconstitucionalidad, permitía una aplicación analógica de la jurisprudencia constitucional que ya existía y estaba consolidada. No era así para la cuestión prejudicial de interpretación y la delimitación del control que el TC puede llegar a hacer empezó a dibujarse con la STC 58/2004, de 19 de abril. Sobre el tema véase mi trabajo: «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *RGDE*, Iustel, nº 23, marzo 2011.

5. La doctrina dedicó su tiempo y esfuerzo al análisis de la STC 58/2004. Además del estudio ya citado de P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía...», *op. cit.*, pp. 315 y ss, quiero resaltar: J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «El recurso a la prejudicial como cuestión de amparo (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril)», *REDE*, nº 11, julio-septiembre 2004, pp. 443 y ss; A. SÁNCHEZ LEGIDO, «El Tribunal Constitucional y la garantía de aplicación del Derecho de la Unión en España», *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, enero-diciembre, 2004; M. CARRASCO DURÁN, «La obligación de los órganos judiciales de presentar la cuestión prejudicial antes de decidir no aplicar una ley por su contradicción con las normas de Derecho de la Unión», *Revista Vasca de Administraciones Públicas*, nº 72, mayo-agosto 2005, pp. 383 y ss.
6. El fondo del asunto hace referencia a la tributación de las máquinas de juego, envite o azar con premio sobre las que recae una tasa fiscal anual única, que puede ser adicionalmente gravada con un recargo autonómico, como el establecido por el Parlamento de Cataluña (Ley 2/1987, de 5 de enero). Por la Ley 5/1990, de 29 de junio, el Estado procedió al aumento de la tasa fiscal (art. 38.2.1) y al establecimiento para ese ejercicio de 1990 de un gravamen complementario a la tasa anterior hasta alcanzar el nuevo importe (art. 38.2.2). La aplicación retroactiva del gravamen complementario provocó la impugnación del régimen fiscal de estas máquinas y, finalmente, la STC 173/1996, de 14 de octubre, declaró inconstitucional y nulo el gravamen complementario. La confusión sobre las tasas y gravámenes que gravaban las máquinas tragaperras se impuso en los juzgados, porque se impugnaron liquidaciones posteriores a 1990 en las que ya no era aplicable el gravamen complementario y contenían invocaciones sobre su incompatibilidad con la Sexta Directiva IVA. En este contexto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña condena a la Generalitat a la devolución total de tasa y recargo sobre la base de los dos argumentos siguientes: primero, que la tasa incorpora un gravamen declarado inconstitucional (confundiéndolo con la declaración de inconstitucionalidad del gravamen complementario adoptado sólo para 1990) y, segundo, que la base sobre la que se aplica el recargo autonómico (la tasa en sí misma) es contraria al art. 33 de la Sexta Directiva IVA. La Generalitat interpone un recurso de amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a una resolución fundada en Derecho.

impuesto sobre el volumen de negocios, hubiera sido uno de los impuestos absorbidos por el IVA de forma que sería contrario al Derecho de la Unión su mantenimiento como tributo autónomo añadido al IVA y, por tanto, contrario a la Sexta Directiva. Por el contrario, podía entenderse que no era un impuesto sobre el volumen de negocios y, por ello, que su mantenimiento era conforme al Derecho de la Unión.

El contexto jurídico relevante a efectos de nuestro interés es un órgano judicial de última instancia ante un juicio de compatibilidad (no de validez) de una ley nacional con el Derecho de la Unión. Cualquier persona con ciertos conocimientos de éste último ordenamiento jurídico sabe que el órgano judicial, en virtud del principio de primacía, puede inaplicar la norma por su propia autoridad, siempre que no tenga dudas sobre la incompatibilidad de la misma con el Derecho de la Unión al ser «acto claro»⁷ o que las dudas que pudieran existir hayan sido ya resueltas por la jurisprudencia interpretativa del TJ⁸. En el presente caso el órgano judicial llegó a la certeza de la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión e inaplicó la norma nacional. Si ello se lo permite el Derecho de la Unión ¿Cuál o cuáles fueron los elementos diferenciadores respecto de otros supuestos que resultaron determinantes para la estimación del amparo?

Arranque claro del TC en esta sentencia es asegurarse de que el órgano judicial tenía un título válido para la inaplicación de la ley que, de acuerdo con el ordenamiento español, sólo puede llevarse a cabo con una declaración de inconstitucionalidad por parte del TC (improcedente en el supuesto), o una resolución interpretativa por parte del TJ de la que resulte la incompatibilidad con el Derecho nacional, alcanzada por la vía de la cuestión prejudicial de interpretación, en defecto de acto claro o acto aclarado. Ahí está el primer elemento diferenciador: una norma nacional había quedado inaplicada.

Vayamos al segundo. En el presente caso el órgano judicial de última instancia basaba la inaplicación de la norma en el argumento del acto claro (del que se desprendería incompatibilidad con el Derecho nacional). Pero el TC negó que lo fuera ¿Cómo? ¿Por qué? El TC no entró a conocer del fondo de la cuestión, no se pronunció, ni se acercó, a la existencia o inexistencia de incompatibilidad de la norma nacional con la Sexta Directiva, sólo negó que el acto fuera claro (en relación con la Sexta Directiva) por un motivo: se trataba de «un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, lo que supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo»⁹.

7. Teoría del acto claro: STJ de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81.

8. Teoría del acto aclarado: STJ de 27 de marzo de 1963, asunto *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62

9. El TC cita la Sentencia TS de 28 de diciembre de 1998, recurso de casación núm. 5477/93 que, en aplicación de la doctrina de la STJ de 26 de junio de 1997, concluía que la tasa sobre el juego «no es incompatible con lo dispuesto en el citado artículo 33 de la Sexta

En estrecha conexión, el Tribunal realiza otra afirmación muy relevante: «cuando la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, aprecia la contradicción entre el Derecho interno y el comunitario *está, de entrada, introduciendo una duda en la aplicación del Derecho de la Unión donde hasta ese momento no existía*. En consecuencia, el órgano judicial –aún cuando expresara su ausencia de toda duda respecto de la incompatibilidad entre la norma nacional y la norma comunitaria–, dado que precisamente venía a asumir una contradicción donde ningún otro órgano judicial la había apreciado, debía haber planteado, conforme a la doctrina del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 TFUE, para someter a la consideración del Tribunal de Luxemburgo las causas o motivos por los que, a su juicio, y fuera de los criterios interpretativos ya sentados previamente, podía ser incompatible un Derecho con el otro.

He de decir que creo que el TC aprovechó bien el asunto que se presentó, probablemente uno de los mejores para pronunciarse sobre la cuestión. La sentencia es sumamente instructiva, destacando las siguientes ideas ilustrativas: 1) el *leitmotiv* para revisar la valoración judicial de la decisión de si existía o no acto claro fue el hecho de que la norma nacional hubiera sido inaplicada; 2) la inexistencia de un acto claro era patente: después de muchos pronunciamientos en los que tribunales nacionales, incluido el TS, habían declarado la compatibilidad de la norma nacional con el Derecho europeo, el órgano judicial cuya resolución se impugnaba afirmaba exactamente lo contrario, por lo que no era posible predicar claridad de esa situación, que el mismo órgano judicial había creado. En definitiva, a los ojos de cualquier observador externo, se había generado una duda¹⁰ o, lo que es lo mismo, existía una duda objetiva; 3) El

Directiva porque, por su características... no se dan en la Tasa o Impuesto sobre el Juego los requisitos indicados en la citada Sentencia del TJE para poder reputar que se está ante la presencia de un impuesto sobre el volumen de negocios, de una manera comparable o equivalente al IVA» (FJ 5). El TC afirma que tal doctrina sería luego reiterada, primero, en la STS de 17 de mayo de 2000 (recurso de casación núm. 840/94 y en otras posteriores). El TC llama la atención sobre que en el mismo sentido también se habían manifestado las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de 8 de marzo de 1999 (dos), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 1993 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 13 de marzo de 1996 y 8 de abril de 1998; así como las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2000 y las del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 3 y 24 de enero de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 18 de marzo y 6 de septiembre de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 14 de marzo y 22 de junio de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 3 de julio de 2000 y del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 1 de marzo de 2000. En definitiva, existía muchísima y relevante jurisprudencia anterior que había sido ignorada por el órgano judicial que había dictado la resolución impugnada. Me parece relevante exponer esto así, porque pone de manifiesto la seguridad del TC cuando declara la imposibilidad de declarar «la inexistencia de duda».

10. De nuevo jurisprudencia *CILFIT* ya citada. STJ de 6 de octubre de 1982.

TC no revisó la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho de la Unión y la ley interna, sino que realiza una valoración externa de la decisión sobre la existencia o no de duda; y 4) para el TC era también patente el derecho fundamental vulnerado: «supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo». En definitiva, para el TC la cuestión prejudicial es un medio de defensa, como ya había advertido en el año 1991¹¹.

La STC 78/2010, de 20 de octubre (RTC 2010, 78), tuvo la intención de confirmar la jurisprudencia de la STC 58/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 58), si bien recayó un pronunciamiento desestimatorio del recurso de amparo. El motivo de desestimación no plantea problema alguno: la Administración recurrente carecía de legitimación activa para la queja pendiente del recurso, a saber, una resolución motivada y fundada en Derecho, pues no era titular del derecho fundamental invocado. El argumento fue formal, pero era más que sostenible. Se trataba de un supuesto en que el órgano judicial había inaplicado un precepto de la ley reguladora del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC), por contravención al Derecho europeo, fundamentándose en que un impuesto idéntico había existido en la ley reguladora del IVA y había sido declarado incompatible con la Sexta Directiva en Sentencia TJ de 7 de mayo de 1998. El caso pone en evidencia el problema de la aplicación analógica de la jurisprudencia del TJ a otros supuestos que pudieran ser, aparentemente, semejantes¹². Es evidente que, en

11. La STC 28/1991, de 14 de febrero, ya afirmó que: «Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental.../... Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional». Así hizo poco después, cuando en la STC 64/1991, conocida como sentencia APESCO, entendió que los actos de ejecución del Derecho de la Unión que había adoptado el Estado español podían estar lesionando el canon de igualdad establecido por el TC y, en consecuencia, en la interpretación de los actos nacionales de ejecución del Derecho de la Unión conjugó los objetivos de la norma comunitaria de la que traían causa junto con el canon de igualdad. Hay más casos, una mención a la STC 180/1993, en la que el TC ejerció el correspondiente control sobre la selección normativa operada por el juez ordinario, siendo una Directiva comunitaria la norma que la parte alegaba que había sido preterida; la 130/1995, de 11 de septiembre o la 13/1998, de 22 de enero, son supuestos en los que la jurisprudencia constitucional española no le da la espalda al Derecho de la Unión. La realidad no deja de ser que las peculiaridades y la complejidad del ordenamiento que se integraba, así como la falta más absoluta de experiencia jurídica mundial en algo semejante, no ponían fácil la labor de los tribunales constitucionales. Unos fueron más valientes, otros menos, unos más dubitativos, otros más claros, pero de alguna forma, algo todos vacilaron. Para un mayor desarrollo de la posición del TC en relación con el Derecho europeo, véase mi trabajo: «Cuestión prejudicial y artículo 24 de la Constitución española», *op. cit.*
12. J. DIEZ-HOCHLEITNER recoge el caso de la STC 194/2006, de 19 de junio y da cuenta de cómo un órgano judicial puede errar en la extrapolación de jurisprudencia del TJ a casos que

el asunto de la STC 78/2010 (RTC 2010, 78), no se planteaba un problema de interpretación del Derecho de la Unión, pues la ley aplicable al proceso principal regulaba estrictamente una situación interna¹³ y el problema se planteaba entre la Ley del IGIC y el artículo 14 de nuestra Constitución; no obstante, la STC 78/2010 (RTC 2010, 78) sirvió al TC para dos cosas: 1) recordar que en los supuestos en que se trate de una inaplicación de ley sin interposición de cuestión prejudicial, el TC llevará a cabo una revisión más intensa de la decisión sobre la existencia o inexistencia de duda¹⁴ y 2) señalar que la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial están sujetas a regímenes y exigencias distintas y que, en un caso de inaplicación de ley, sólo se plantea el problema de la cuestión prejudicial cuando la resolución de la misma –sea lo que sea lo que resuelva Luxemburgo– permita la resolución del proceso principal. En su defecto, lo que hay detrás es un problema de inconstitucionalidad¹⁵.

Pero el precedente más inmediato de la STC 212/2014 (RTC 2014, 212) que hoy comentamos es la STC 27/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 27)¹⁶. En ella se planteó un supuesto en el que la demandante de amparo había solicitado una ayuda a la siembra de cáñamo, que le fue denegada por la Junta de Extremadura, con motivo de que las parcelas que iban a ser destinadas a dicha siembra habían sido utilizadas el año anterior para cultivo de lino textil, de modo que no se cumplía el requisito de la rotación de cultivos que recogía el art. 10 de la Orden de la Consejería de Agricultura y Medio ambiente, de 21 de enero de 1999, de dicha

enjuicia, si no son idénticos, por lo que debe reclamarse en esa actuación mucha cautela. En ese supuesto, el TSJ de Canarias aplicó la jurisprudencia del TJUE sobre la Sexta Directiva del IVA a la Ley Canaria del IGID y dejó inaplicada ésta última ley. Véase: «Cuestión prejudicial y política judicial», en *European Inkings (EUi)*, número 4, 2014, *op. cit.* pp. 164 y ss.

13. Recordemos la exclusión del IVA del territorio canario, por lo que el IGIC es una situación puramente interna, si bien el legislador español decidió, en su momento y en la medida de lo posible, adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de la Sexta Directiva, dispensando el mismo trato a situaciones puramente internas y las que regula el orden comunitario, ajustando su legislación interna al Derecho de la Unión. No obstante, ello no cambiaba el hecho de que no se planteaba un problema de interpretación del Derecho de la UE.
14. Precedente de esta sentencia es la 194/2006, de 19 de junio, ya citada en la que se planteó un supuesto idéntico pero el Tribunal estimó el amparo por inexistencia de un título que justificara la inaplicación de ley y afirmó que el juez ordinario no se ajustó al sistema legalmente previsto para el control de las leyes, pues dejó de aplicar un precepto legal vigente sin acudir a los instrumentos que el ordenamiento jurídico arbitra para el control de su acomodación a la Constitución o al Derecho de la Unión. Se limitó a sancionar la inaplicación de ley sin título habilitador para ello por parte del órgano judicial y no concretó porque la inaplicación de ley no era conforme a Derecho. Se trata de una sentencia, ciertamente, confusa. El TC aprovechó la STC 78/2010 para retomar, asentar y clarificar la línea jurisprudencial de la STC 58/2004.
15. Sobre el tema véase: CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGES, J. L., «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *RDCE*, núm. 50, 2015, pp. 173 y ss.
16. Para un comentario sobre esta sentencia, véase el excelente análisis de: M. CARLÓN RUÍZ, «El Tribunal Constitucional como garante del derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero», *REDE*, nº 47, julio-septiembre 2013, pp. 93 y ss.

Comunidad, según el cual «se deberá respetar la rotacionalidad en los cultivos de lino no textil, cáñamo y lino textil, no pudiéndose utilizar tierras que en la campaña anterior fueron utilizadas para algunos de estos cultivos». La recurrente impugnó esas resoluciones alegando que la orden autonómica de referencia, cuando introduce el elemento de la rotación de cultivos, carecería de base legal alguna, toda vez que las ayudas deben concederse a superficies en las que se hayan efectuado «faenas normales de cultivo» (Reglamento CEE núm. 1164/1989 de la Comisión, de 28 de abril), concepto que la Comisión Europea conecta con la idea de «rendimientos mínimos» y no con otros factores (Reglamento CE núm. 2183/1997, de 3 de noviembre, y Reglamento CE núm. 452/1999, de 1 de marzo). La recurrente insistía en la procedencia de formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial para que interpretase la normativa en cuestión y su compatibilidad con la normativa autonómica. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 30 de octubre de 2003, sin interponer cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, declaró que la orden autonómica era conforme al Derecho de la Unión y resultaba aplicable al caso, por lo que, en consecuencia, desestimó el recurso. La actora acudió ante el Tribunal Supremo en casación y reiteró su solicitud de cuestión prejudicial interpretativa de las citadas reglas europeas. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2008, descartó expresamente plantear la cuestión prejudicial, pues resultaba innecesaria «al evidenciarse con toda nitidez cómo debe ser interpretada la disposición reglamentaria de la Comunidad Autónoma, sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del Derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial».

Interpuesto recurso de amparo, el Tribunal Constitucional primero precisa los contornos del canon constitucional que va a emplear y afirma: la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho. Señala inmediatamente que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE «no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos a la tutela judicial efectiva». Y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que aquélla resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable y, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer». La aplicación de este canon al supuesto expuesto le lleva a desestimar la queja de amparo, pues *determinar si el Tribunal Supremo interpretó correctamente el Derecho comunitario al inferir la compatibilidad o no de la exigencia de rotación de cultivos es una cuestión sobre la que este Tribunal, que no es una tercera instancia, según hemos declarado repetidamente, no puede en efecto pronunciarse, salvo que la motivación*

judicial resultara irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, circunstancias que no concurren en el presente caso toda vez que la Sentencia impugnada se funda también en una interpretación razonable.

El Tribunal Constitucional no acaba ahí su argumento, sino que señala como un hecho muy relevante y determinante de su decisión, que el Tribunal Supremo no ha dejado sin aplicar ni la norma interna en cuestión, ni la norma europea y tampoco ha entrado a realizar un juicio de validez de la norma europea aplicada, por lo que no resultaba extensible al caso la doctrina contenida en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre. Como ya hemos mencionado, esta sentencia va acompañada de un voto particular de la Magistrada Adela Asua que se desarrolla en unos términos muy semejantes al de la STC 212/2014 que después veremos.

No obstante, conviene recapitular mínimamente los elementos de este pronunciamiento del TC: 1) el órgano judicial no había inaplicado la norma interna; 2) el órgano judicial había motivado la resolución judicial sin existencia de error, arbitrariedad o irrazonabilidad; 3) no existía ningún otro derecho fundamental en juego que no fuera la tutela judicial efectiva; 4) en el supuesto, resulta palpable la imposibilidad de analizar la existencia o inexistencia de duda sin realizar una interpretación sustantiva de la norma comunitaria –por ejemplo interpretar el concepto de «faenas normales de cultivo»–, lo que de forma meridiana no puede llevarse a cabo en sede constitucional pues, como afirmó el propio TC, él no es una tercera instancia. Si así eran las cosas, como ha dicho M. CARLÓN RUÍZ, hubiera sido de agradecer que el Tribunal entrara en un cierto diálogo de su propia doctrina para hacer expresos los argumentos en función de los cuales, aplicada la norma interna, se excluye *a radice* la vulneración del derecho con todas las garantías¹⁷.

III. LOS ELEMENTOS FÁCTICOS DE LA STC 212/2014, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014

La recurrente de amparo, funcionaria de carrera, solicitó la adjudicación de tres puestos de trabajo convocados mediante tres concursos de méritos por las Consejerías de Cultura y Medio ambiente y el Consejo Audiovisual de la Junta de Andalucía. Por Orden de 18 de junio de 2008, se le negó la concesión de todos los puestos de trabajo solicitados. En esencia, la decisión se explicaba porque, conforme a lo dispuesto en la orden de la convocatoria, no le habían sido computados, a efectos de antigüedad, los servicios prestados en calidad de funcionaria interina, pues sólo se tuvo en cuenta la antigüedad generada como funcionaria de carrera.

La recurrente interpuso recurso Contencioso-Administrativo. A los efectos de nuestro interés, denunciaba que las Órdenes impugnadas eran contrarias a la cláusula cuatro de la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco CES, UNICE y CEEP¹⁸, sobre trabajo de duración determinada, que disponía

17. M. CARLÓN RUÍZ, «El Tribunal Constitucional como garante del Derecho...», *op. cit.*, p. 121.

18. La Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, que figura

que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo, serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas». Alegaba la inexistencia de razones objetivas y, en consecuencia, la vulneración del principio de no discriminación por las resoluciones impugnadas. Reclamaba la aplicación del art. 54.2 del Decreto 2/2002¹⁹, de 9 de enero, que en su redacción dada por el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre, había dispuesto el cómputo de los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario. Sin embargo, el precepto había sido anulado por el TSJ Andalucía, fundamentando su decisión en que el art. 54.1.2 del mismo Decreto 2/2002, dispone el cómputo del trabajo desarrollado con carácter provisional como experiencia profesional, y si se computaran los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario también en concepto de antigüedad, se duplicaría la valoración del mismo tiempo de trabajo (como experiencia profesional y como antigüedad), con vulneración del principio de igualdad, capacidad y mérito, como corolarios en el acceso a la función pública²⁰. Sobre estas bases, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo resolvió la demanda de la recurrente en sentido desestimatorio²¹.

en el anexo, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Ha generado una ingente jurisprudencia pues, debido a la variedad de supuestos distintos a los que resulta de aplicación, su interpretación puede plantear sucesivas dudas. Sobre el tema véase: L. OCAÑA ESCOLAR, «La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos. Sentencia TJUE, de 8 septiembre de 2011», *Temas Laborales* núm. 118/2013. pp. 203-215.

19. El Decreto 2/2002 desarrollaba la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en materia de ingreso, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de su Administración General y adoptaba el Reglamento general de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía.
20. El Decreto 2/2002, de 9 de enero, tras la reforma operada por el Decreto 528/2004, dispuso en su art. 54.2: «La antigüedad se valorará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, computándose a estos efectos los servicios reconocidos que se hubieran prestado con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario. Se valorará hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 por año». El precepto fue anulado por el TSJ de Andalucía, en Sentencia de 25 de febrero de 2008, fundamentando la decisión en que el cómputo de tales servicios sólo puede efectuarse a efectos económicos, pues lo contrario impondría un tratamiento discriminatorio entre los funcionarios de carrera y los interinos y contravendría la propia naturaleza de la situación de interinidad, exenta de permanencia y estabilidad. TSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 174/2008, de 25 de febrero de 2008.
21. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestimó alegando desaparición sobrevinida del objeto procesal, porque cuando la demanda estaba aún pendiente de sentencia, el Tribunal Supremo confirmó la nulidad del art. 54.2 del Decreto 2/2002. El juzgado utilizó la confirmada nulidad del precepto para declarar la pérdida de objeto del recurso interpuesto

Conviene señalar que, cuando el Decreto 2/2002, de 9 de enero, dispone el cómputo del trabajo desarrollado con anterioridad a la condición de funcionario de carrera como experiencia profesional, establece exactamente: 1. *Valoración del trabajo desarrollado. La valoración del trabajo desarrollado se llevará a cabo teniendo en cuenta la experiencia profesional obtenida en los diez últimos años en el desempeño de puestos pertenecientes al área funcional, relacional o agrupación de áreas del convocado, valorándose en relación con el nivel de los puestos solicitados hasta un máximo de 9 puntos.* Del tenor literal del precepto no se desprende cómo se produciría una vulneración del principio de igualdad, capacidad y mérito por el presunto «doble cómputo», pues si el cómputo como experiencia profesional se prevé sin distinción para todos los funcionarios que se presenten al concurso de méritos, se otorga, en consecuencia, las mismas oportunidades a todos los concursantes y, en definitiva, es posible que existiera esa doble valoración de un mismo tiempo de trabajo, pero en condiciones de igualdad para todos los firmantes del concurso, por lo que el argumento quedaría, cuanto menos, debilitado.

No obstante, a la vista de la resolución desestimatoria, la recurrente interpuso recurso de apelación reiterando las quejas formuladas en la instancia. El Tribunal de apelación, el TSJ de Andalucía, entendió que la pretensión no era asumible ya que, a su parecer, era razonable que, a efectos de antigüedad, solo fuera tenido en cuenta el tiempo de servicios prestado como personal funcionario de carrera²², sin que ello resultara contrario a la Directiva 1999/70, ni conculcara la jurisprudencia del TJUE. Para argumentarlo, el TSJ utiliza una sentencia del TS, la STS de 3 de septiembre de 2010 y reitera los argumentos expuestos por nuestro Tribunal Supremo en el asunto: *si bien en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional deben seguirse los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos de carácter definitivo y de otro, los que son aplicables para nombramientos provisionales o funcionarios interinos.* Para el Tribunal Supremo no puede ser invalidada como legítima la política de personal que quiere incentivar a los funcionarios de carrera valorando de manera significativa la experiencia desarrollada con esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo. El Tribunal de apelación también utiliza la jurisprudencia del TJUE, aducida por el recurrente, para argumentar a su favor: la Sentencia de 8 de septiembre de 2011²³. En el supuesto analizado por el TJ en dicha sentencia, el demandante, funcionario de carrera, fue

pues, al fin y al cabo, en la demanda lo que se reclamaba era el cómputo de los servicios prestados con anterioridad a la adquisición de la categoría de funcionario de carrera.

22. Tal y como establecía el art. 54.2 del Decreto 2/2002, en su redacción inicial.

23. STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, asunto C-177/2010. Se trata de un pronunciamiento importante del TJUE por la aplicación a la función pública de su jurisprudencia relativa a que el principio de no discriminación (STJUE de 11 de julio de 2006, *Franz Egenberg*, C-313/04, apdo. 33). Volveremos sobre ella en este trabajo.

inadmitido en el proceso selectivo de una promoción interna porque no le fueron computados, a efectos de antigüedad, los años de trabajo como funcionario interino, entendiéndose el órgano judicial que se planteaba la controversia de si una normativa nacional que excluya la valoración del período de servicios temporal entre dos funcionarios de carrera por la mera razón de que era personal temporal en el momento de haberlos prestado, resultaría contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco, por lo que decidió interponer cuestión prejudicial preguntando sobre si la cláusula 4 del Acuerdo marco obligaba a realizar una interpretación de la normativa nacional que no excluyera del cómputo los servicios prestados del personal funcionario llevados a cabo en virtud de un vínculo temporal. El TJ en su pronunciamiento aplicó al ámbito de la función pública su anterior jurisprudencia relativa al principio de no discriminación, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. Así, llegó a la conclusión que la cláusula 4 del Acuerdo marco se oponía a que los periodos de servicios cumplidos por un funcionario interino no sean tenidos en cuenta para el acceso a una promoción interna. No obstante esta jurisprudencia del TJUE, el TS entendió que el concurso de méritos que juzgaba era un caso distinto, pues el TJ se había pronunciado sobre una promoción interna en la que se requería la antigüedad de 10 años de funcionario de carrera como requisito de acceso a dicha promoción, no como mérito para un concurso y, siendo la promoción interna un derecho de progresión de los funcionarios de carrera, es lógico que se exija un tratamiento más igualitario del tiempo de trabajo anterior de todos los funcionarios, sin importar la cualidad de interinidad. El TSJ recuerda que, pese a ello, la Sentencia del TJ afirmó que la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos sí será válida cuando existan razones objetivas para ello y declara que, a su parecer, que se trate de un concurso de méritos el caso que dirime constituye una razón objetiva para la diferenciación. Concluye que, existiendo datos objetivos para esa diferente valoración de la experiencia y de la antigüedad, no es de acoger la vulneración del principio de igualdad.

La recurrente interpuso incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Alegaba que, en realidad, el TSJ había inaplicado de la jurisprudencia del TJUE, en concreto de la STJUE de 8 de septiembre de 2011, que delimitaba el alcance de la expresión «razones objetivas» de la cláusula cuatro de la Directiva 1999/70, del Consejo, de 28 de junio. A su parecer, la jurisprudencia del TJUE obligaba al TSJ a plantear cuestión prejudicial de interpretación, para que el TJUE se pronunciara sobre si, en un concurso de méritos, la diferencia de trato estaba justificada por razones objetivas. Para la recurrente, la negativa del TSJ a interponer la cuestión prejudicial había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24.1 CE y su derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). El TSJ desestimó el incidente de nulidad alegando: *la petición de la recurrente no puede ser acogida. Entiende que, en el caso presente existían dudas interpretativas para plantear cuestión prejudicial, pero, en ningún caso, que no se planteara implica vulneración del art. 24 CE ni con ello se causa indefensión alguna.* Es, cuanto menos, sorprendente la

respuesta del TSJ en el incidente de nulidad y, al menos en apariencia, no resulta adecuada a los cánones del art. 24 CE.

Interpuesto recurso de amparo, la demandante atribuye a las resoluciones impugnadas lesión del art. 24. 1 y 2 CE, concretamente por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación del derecho al proceso debido y al Juez ordinario predeterminado por la ley. En primer lugar, considera que el Tribunal de apelación lesionó el derecho de la recurrente a obtener una resolución debidamente motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), por incurrir en error o arbitrariedad en la selección de la norma aplicable por el juez nacional, pues sostiene que el TSJ no asume la doctrina asentada por la STJUE, de 8 de septiembre de 2011 sino que, muy al contrario, se aparta del criterio fijado por el TJUE. Para la recurrente, el texto del Auto resolutorio del incidente de nulidad es de difícil comprensión, pues no queda claro si el Tribunal de apelación admite la existencia de dudas interpretativas, por lo que el órgano judicial asumió competencias en materia de interpretación del Derecho de la Unión Europea que le están vedadas, en detrimento del organismo a quien corresponde tal menester –el TJUE–, vulnerándose su derecho al juez predeterminado por ley.

La STC 212/2014, de 18 de diciembre, desestima el recurso de amparo. Para resolver sobre si la decisión adoptada por el Tribunal de apelación contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24.1 CE, primero clarifica el canon de constitucionalidad que va a aplicar y debe superar la resolución judicial impugnada: la decisión judicial debe estar motivada, la motivación debe estar fundamentada en derecho y la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable y, menos aún, obliga al Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer. El Tribunal afirma que, superado ese canon, ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE si el órgano judicial no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita²⁴, pues la negativa a interponer la cuestión prejudicial no implica, *per se*, lesión de la tutela judicial efectiva. El TC deja claro que, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, el canon de control establecido en relación con el planteamiento de

24. El TC añade que igual ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del artículo 163 CE. Ello pone de manifiesto que el TC tiene en mente un paralelismo en el tratamiento que él mismo concede a las decisiones de los órganos judiciales relativas a la no interposición de una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial. El razonamiento iría en la siguiente dirección: si el TC es el máximo garante de la CE y no cuestiona la decisión del juez de si debe o no interponer cuestión de inconstitucionalidad, por respeto a la función del órgano en virtud del artículo 117 CE, con menos legitimidad puede cuestionar la decisión de un órgano judicial sobre si procede o no interponer cuestión prejudicial.

cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del fijado con carácter general para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto y lo único que le corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria²⁵.

A continuación, el TC aplica el canon recién expuesto al caso concreto y afirma que el órgano judicial que dicta la resolución impugnada explica sobradamente su decisión y su respeto a la jurisprudencia del TJUE. Para el TSJ: a) el supuesto de hecho analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es distinto que el del caso concreto –concurso de méritos frente a promoción interna–, por lo que no cabe una extrapolación de la jurisprudencia; b) existen razones objetivas que justifican un tratamiento diferenciado de la antigüedad que, precisamente, enlazan con la diferencia del supuesto de hecho, pues en un concurso de méritos el TSJ entiende que sí cabe exigir requisitos que puedan provocar diferencias entre dos funcionarios de carrera; c) en el caso concreto, la antigüedad como interina ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la carrera funcionarial, de manera que si se volviera a ponderar se vulneraría el art. 23 CE en detrimento de los funcionarios de carrera; y d) no puede ser invalidada como legítima, una política de personal que pretende incentivar la experiencia desarrollada en la condición de funcionario de carrera. Para el TC, las razones ofrecidas por el TSJ alcanzan el umbral establecido por la doctrina constitucional, pues el órgano de apelación exteriorizó adecuadamente cuáles eran los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, no incurren en arbitrariedad, ni adolecen de falta de razonabilidad.

Los pronunciamientos del TC son rotundos. No obstante, al TC no se le escapa la posible dificultad para entender su posición, por lo que incorpora la afirmación de que hay que hacer abstracción del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación y que no resulta relevante que se compartan o no²⁶,

25. STC 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.

26. La afirmación de «no existe el derecho al acierto judicial» ha sido siempre muy discutida, pero debe entenderse en sus justos términos. El TC ha afirmado en muchas ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE «no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva» (entre muchas, SSTC 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 5; y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7). Por lo demás, la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga al Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 140/2005, de 6 de junio, FJ 5; y 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 5). Al respecto, conviene señalar, que tales afirmaciones no son más que la consecuencia de que el Tribunal Constitucional asume que el control que efectúa de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales ordinarios no tiene los mismos fundamentos que los adoptados por dichos tribunales. La realidad es que el TC a

porque sólo debe juzgarse si los argumentos incurren en arbitrariedad o adolecen de falta de razonabilidad, ya que los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria. Curiosamente, de la mano de este reconocimiento de la inexistencia de un *derecho al acierto* el TC aborda también el desafortunado Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, en el que podría entenderse que el TSJ reconoce la existencia de cierta duda. Pero el TC da un giro a los breves argumentos del TSJ en la motivación del incidente de nulidad y declara que «si bien la redacción del Auto es mejorable, las dudas de interpretación a las que hace mención no son atribuibles al órgano judicial sino que se trata, únicamente, del órgano judicial exponiendo las dudas que la demandante alegaba».

En el fundamento jurídico 5, el TC despacha rápidamente las quejas relativas a la vulneración de las garantías del proceso y el derecho al juez predeterminado por ley, argumentando que, en la medida en que la resolución judicial supera el canon de motivación ya expuesto, no consta que el órgano judicial tuviera duda alguna sobre la necesidad de plantear cuestión prejudicial, por lo que resulta patente que no se produce lesión alguna de las garantías del proceso. Es importante señalar que, de este razonamiento del Tribunal, se desprende que la inexistencia de duda queda anudada por el propio TC a las garantías del proceso, de forma que será éste el derecho vulnerado en los casos en los que no esté fundada en derecho la no interposición de la cuestión prejudicial. Es una reiteración muy interesante de pronunciamientos que ya quedaron claros en la STC 58/2004, de 19 de abril, donde el TC se decantó por la aplicación de su jurisprudencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad y argumentó a partir de los razonamientos expuestos en la STC 173/2002, de 9 de octubre: la inaplicación de ley por inconstitucional sin acudir a la cuestión de inconstitucionalidad, da lugar a una resolución no fundada en Derecho, un incumplimiento del principio de *iura novit curia* y una vulneración de las garantías del proceso. No era difícil la aplicación analógica de la doctrina mencionada a la cuestión prejudicial de validez, pues igual que afirma que el constituyente ha sustraído al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución²⁷, puede sostener que el Derecho de la Unión ha sustraído al juez nacional –como juez comunitario que es– la competencia para hacer un juicio negativo de validez del Derecho de la Unión, siendo el TJ el único competente para declarar

través del recurso de amparo no controla el acierto del juzgador, pues el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido construido en nuestra jurisprudencia constitucional de acuerdo con un modelo de deferencia o respeto al juez que resulta inevitable. Ahora bien, esa distancia deferente que, por imperativo legal mantiene el Tribunal Constitucional, no resulta obligada para los tribunales ordinarios, donde la distinción entre cuestiones de legalidad y de constitucionalidad pierde todo el sentido. Al respecto, véase: J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos Fundamentales, Concepto y garantías*. Madrid, Trotta, 1999, p. 91 y J. MERCADER UGUINA, «Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y "canon reforzado" de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, pp. 127 a 146.

27. STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.

la invalidez del acto en cuestión. Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial de interpretación, el TC ha podido trasladar dicha jurisprudencia en los supuestos en los que el órgano judicial se ha decantado por la inaplicación de la ley, pues para el TC las mismas lesiones se producen cuando se inaplica una norma sin título que fundamente tal inaplicación, siendo indiferente que la causa sea la no interposición de la cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial, por lo que extrae las mismas consecuencias jurídicas²⁸. Siguiendo el hilo argumental, recordemos que, contrariamente, los órganos judiciales ordinarios están capacitados para realizar juicios positivos de constitucionalidad y validez, por lo que tales decisiones no son, en principio, susceptibles de amparo constitucional, salvo el análisis externo de tutela que puede realizarse a cualquier resolución judicial.

Por lo demás, muy interesante resulta la coletilla relativa a la alegación de la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley, pues el TC aprovecha esta ocasión para llamar la atención sobre el hecho de que el contenido de ese derecho en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no encaja en el debate sobre la vulneración del art. 24 CE por la no interposición de la cuestión prejudicial, ya que se limita a exigir que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial lo que, en el debate mencionado, no se encuentra en liza. En esta dirección, ya había sido afirmado que el TJ es, sin duda, el órgano predeterminado por ley para decidir sobre la interpretación del ordenamiento de la Unión, pero es el juez nacional el órgano que tiene la competencia indiscutible e irrenunciable de decidir si existe o no duda y el Tribunal Constitucional el único competente para revisar si, en su caso, el órgano judicial erró en la decisión que tomó con la no interposición de la cuestión prejudicial y vulneró el único derecho fundamental en ese contexto en juego: el derecho de defensa en el proceso. Cuestión distinta, que no debe confundirse, es que una decisión equivocada en relación con la existencia o no de duda implique necesariamente un «exceso de jurisdicción» por parte del juez nacional que determina –de acuerdo con la jurisprudencia constitucional española– una resolución judicial no fundada en derecho (art. 24.1 CE), pero no una vulneración del juez predeterminado por ley, pues el juez nacional no deja de ser el órgano competente, el predeterminado por la ley, para el proceso principal, si bien se excedió en su jurisdicción en una cuestión incidental del propio proceso, pero como el propio TCFA dijo en su Sentencia de 22 de octubre de 1986 «el proceso judicial es unitario»²⁹.

28. STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

29. El origen de este debate está en la Sentencia del TCFA, de 22 de octubre de 1986 (*Solange II*), que declaró que era el TJ el juez legal predeterminado por la ley a que se refiere el art. 101 de la Ley Fundamental de Bonn en orden a resolver las dudas de interpretación o de validez del Derecho de la Unión. Sobre esta cuestión, véase mi trabajo: «Cuestión prejudicial y art. 24 CE...», *op. cit.*, en el que intento explicar que el derecho al juez predeterminado por ley es un derecho de contenido diferente en la jurisprudencia constitucional alemana que en la española. Véase también, D. CÓRDOBA CASTROVERDE, «Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley»,

Conviene detenerse en el Voto particular de la Vicepresidenta del Tribunal, la Magistrada Adela Asua. A su parecer, en virtud de la STC 58/2004, el Tribunal ya tenía asentada una doctrina en virtud de la cual el no planteamiento de la cuestión prejudicial podía llevar aparejada la lesión del art. 24.2 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que fuera patente que no concurría duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto. Para la Magistrada, es muy desafortunado que, ahora, se haya optado por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna, desconociendo los parámetros del Derecho europeo respecto a la delimitación del «acto claro», asentados sobre la ausencia intersubjetiva de duda alguna, pues se produce un lamentable retroceso con respecto a la doctrina resultante de la STC 58/2004, que inauguraba un nuevo posicionamiento sobre la relevancia constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial. La Magistrada discrepante, reitera el voto particular ya emitido en la STC 27/2013, de 11 de febrero, en el que rotundamente afirmaba, como ahora, que la jurisprudencia de la STC 58/2004 era de aplicación con independencia de las peculiaridades de cada caso, pues lo determinante no es si la norma interna se aplica o se inaplica, sino si el juez nacional suplanta la función del Tribunal de Justicia al pronunciarse por sí mismo sobre la interpretación de una norma europea que no es clara. Como bien explica M. CARLÓN³⁰, al argumentar la STC 27/2013 sobre la base de la mera razonabilidad de los razonamientos del Tribunal Supremo cuando llega por sí mismo al convencimiento subjetivo de que la norma europea en presencia es clara, el TC estaría retomando la anterior doctrina, contenida en sentencias como la 180/1993 y la 201/1996, según la cual la infracción del art. 267 TFUE no afecta al art. 24 CE salvo que el juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente.

La Vicepresidenta del Tribunal entiende que, en el caso concreto, la inexistencia de duda sólo está justificada por una posición subjetiva del órgano judicial, pues en la Sentencia de apelación el órgano judicial se limitó a resaltar la diferente significación de la antigüedad en el concurso de méritos del que trae causa el recurso de amparo y el proceso de promoción interna analizado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011, pero no ofreció ninguna razón que explicara por qué, desde la óptica de la Directiva 1999/70, la antigüedad obtenida como

Cuadernos de Derecho Público, nº 10, 2000, pp. 110 y ss; M. L. ESCALADA LÓPEZ, «El derecho al juez legal en el ordenamiento constitucional alemán», en *Revista de Derecho*, vol. XIX, núm. 1, julio, 2006, pp. 179-204; Helmuth SCHULZE-FIELITZ, «El lado oscuro de la Ley Fundamental»; en: F. BALAGUER (Coord.): *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*. Madrid, Tecnos, 2004. Traducido del alemán por M^a. A., MARTÍN VIDA. El autor afirma que en «el ordenamiento alemán el derecho al juez predeterminado por ley adolece de legalismo exagerado pues el juez legal del artículo 101.1. ha de ser susceptible de ser determinado con carácter previo con una precisión tal que constituye un caso único en Europa».

30. M. CARLÓN RUÍZ, *El Tribunal Constitucional como garante del derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero*, op. cit., p. 114.

funcionario interino merece un tratamiento diferente, según se trate de un concurso de méritos o un procedimiento de promoción interna o, lo que es lo mismo, por qué en un concurso de méritos el trato diferente a dos funcionarios de carrera puede encontrar razones objetivas que lo justifiquen y no así en un procedimiento de promoción interna, a la luz de las manifestaciones del TJ en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011. Como ya hizo en el voto particular a la STC 27/2013, se apoya en la idea de que el Tribunal de Justicia es el «juez predeterminado por la Ley», en el sentido del art. 24.2 CE, cuando se trata de cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión; y la exclusión de la obligación de elevar cuestión prejudicial justificable en la doctrina del acto claro exige una evidencia en la interpretación de la norma comunitaria en presencia.

IV. LA STJUE DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2011 ¿PERMITÍA UNA «DUDA OBJETIVA» EN EL SUPUESTO DE LA STC 212/2014, DE 18 DE DICIEMBRE?

Mediante la STJUE de 8 de septiembre de 2011³¹ el TJUE resolvía una cuestión prejudicial que se le había planteado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Sevilla, relativa a si la cláusula 4 del Acuerdo marco obligaba a realizar una interpretación de la normativa nacional que no excluyera, del cómputo de los servicios prestados del personal funcionario, los llevados a cabo en virtud de un vínculo temporal. Los hechos del litigio principal se concretaban en que el demandante había prestado servicios como funcionario interino entre 1989 y 2005, había después accedido a funcionario de carrera en el 2005 y en el 2007 se presentó a una promoción interna, en la que se exigía como requisito para acceder a la misma diez años de antigüedad como funcionario de carrera, o estar en posesión del título de bachiller superior. El demandante fue inadmitido en el proceso selectivo por no cumplimiento de los requisitos, en la medida en que no le fueron computados a efectos de antigüedad los años de trabajo como funcionario interino (desde 1989). Interpuesto recurso contra la resolución de inadmisión, por vulneración del principio de igualdad y del artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública³², el órgano judicial entendió que la controversia esencial que se planteaba en el litigio era si una normativa nacional que excluya la valoración del período de servicios temporal entre dos funcionarios de carrera por la mera razón de que era personal temporal en el momento de haberlos prestado resultaría contraria a la cláusula 4 del Acuerdo marco, por lo que decidió interponer cuestión prejudicial preguntando sobre si la cláusula 4 del Acuerdo marco obligaba

31. L. OCAÑA ESCOLAR, «La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos. Sentencia TJUE, de 8 septiembre de 2011», *Temas Laborales*, núm. 118/2013. Pp. 203-215.

32. El artículo 1 en su apartado 2, de la Ley 70/1978, dispone *Se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos.*

a realizar una interpretación de la normativa nacional que no excluyera del cómputo de los servicios prestados del personal funcionario llevados a cabo en virtud de un vínculo temporal.

Por su parte, el Gobierno español invocó la existencia de varias diferencias entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos que, a su juicio, justificaban la diferencia de trato, controvertida en el litigio principal. Respecto de los interinos, subrayó que se les imponían menores exigencias en la incorporación y la acreditación del mérito y capacidad y que, además, su actividad es con frecuencia distinta y de diferente valor a la del funcionario de carrera, tanto por la falta de movilidad consecuencia de su condición de interinidad, como porque hay determinadas funciones que se reservan a los funcionarios de carrera, lo que implica que existe una diferencia cualitativa en cuanto a experiencia y formación.

El TJUE entra a comprobar si existe una razón objetiva que justifique que no se tomaran en consideración dichos períodos de servicio en el marco del proceso selectivo controvertido. Recuerda que reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya había afirmado que el concepto de «razones objetivas», en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo³³. Para el TJ, el concepto requiere que *la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto*. Es muy importante señalar que para el TJ dichos elementos pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro³⁴. Sin embargo, para el TJ la referencia a la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir, por sí sola, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. Apoya su afirmación en que, de admitir que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo basta para justificar tal diferencia, privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada³⁵.

El TJ reconoce que los Estados miembros tienen, en relación con la organización de sus propias Administraciones Públicas, un importante margen de apreciación

33. STJUE de 13 de septiembre de 2007, As. *Del Cerro Alonso*, C-307/05, apartado 57.

34. STJUE de 11 de septiembre de 2011, apartado 73.

35. STJUE de 11 de septiembre de 2011, apartado 74.

que les permite, sin infringir la Directiva 1999/70 ni el Acuerdo marco, establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo. En esta dirección, el TJ admite que determinadas diferencias alegadas por el Gobierno español relativas al nombramiento de los funcionarios interinos y de carrera, a las cualificaciones requeridas y a la naturaleza de las funciones cuya responsabilidad deben asumir pueden, en principio, justificar una diferencia de trato en cuanto a sus condiciones de trabajo. Sin embargo, a continuación el TJ matiza que cuando el trato diferente, en relación con un proceso selectivo, es un requisito genérico y abstracto según el cual el período de servicio exigido debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera, sin que se tomen en consideración, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar ni las características inherentes a ellas, no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia relativa a la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco³⁶. Es sobre estas bases que el TJ concluye en que: *Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva*³⁷.

A la vista de lo expuesto, conviene ahora recordar los hechos de la STC 212/2014. Como ya mencionamos, el TSJ de Andalucía se remitió a una sentencia del TS, la STS de 3 de septiembre de 2010 y reitera los argumentos expuestos por nuestro Tribunal Supremo sobre el asunto: *si bien en cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional deben seguirse los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos de carácter definitivo y de otro, los que son aplicables para nombramientos provisionales o funcionarios interinos. Para el Tribunal Supremo no puede ser invalidada como legítima la política de personal que quiere incentivar a los funcionarios de carrera valorando de*

36. STJUE, de 11 de septiembre de 2011, C-177/2010, apartado 79.

37. El TJ afirma que incumbe al tribunal remitente, por un lado, comprobar si la situación del demandante en el litigio principal era, por lo que se refiere a los períodos de servicios cumplidos como funcionario interino, comparable a la de otro empleado público de la Junta de Andalucía que hubiera cumplido sus períodos de servicio como funcionario de carrera, y, por otro, apreciar, si las alegaciones formuladas por la Consejería ante él constituyen razones objetivas en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

manera significativa la experiencia desarrollada con esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo.

Es, para empezar, llamativo que el TSJ de Andalucía, se remita a una jurisprudencia del TS que es anterior a la jurisprudencia de TJUE que la recurrente alegaba para sostener la vulneración del principio de igualdad –STJUE, de 8 de septiembre de 2011–. Resulta también sorprendente que el TSJ argumente que, el supuesto de la STJUE de 8 de septiembre de 2011 aducida por la recurrente, «era un caso distinto, pues se refería a la antigüedad de 10 años de funcionario de carrera como requisito de acceso a la función pública, no como mérito», cuando lo cierto es que, en la STJUE de 8 de septiembre de 2011 no se trataba de un requisito de acceso a la función pública, sino de dos funcionarios de carrera en un proceso de promoción interna. Pero lo más importante es que siendo dos casos que no son iguales, pero sí muy semejantes –pues se trataba igualmente una actuación administrativa de nombramiento funcional, en la que se discutía si se computaba o no la antigüedad como interino entre los funcionarios de carrera que se presentaban a dicho nombramiento–, el órgano judicial se separaba de la jurisprudencia del TJ en el supuesto semejante y, pese a ello, afirmaba la inexistencia de duda. Siendo que el principio de igualdad en el ordenamiento comunitario tiene habitualmente un contenido más garantista que en las jurisdicciones internas, cuesta pensar que el TJ no hubiera dado en el supuesto del concurso de méritos la misma respuesta que para la promoción interna. Recordemos que el TJ afirma que no se trate de manera diferente a situaciones semejantes³⁸.

Por lo demás, para el TJ el concepto de razones objetivas requiere que *la desigualdad de trato observada esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto*, elementos precisos y concretos de las condiciones de trabajo que resultan difíciles de extraer de los datos de la convocatoria de los concursos de méritos a los que se presentó la recurrente.

Así las cosas, conviene preguntarse: ¿las Órdenes que convocaban los concursos de méritos y establecían que sólo sería computada como antigüedad la que se había generado siendo personal funcionario de carrera, imponen un requisito genérico y abstracto que no tiene en consideración la naturaleza especial de las tareas que se han de realizar? ¿Responde, entonces, ese trato diferente, al mero hecho del carácter de interinidad? Si así fuera, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el trato diferente no estaría justificado, no podría definirse como razón objetiva y, en consecuencia, el TSJ debería haber declarado la vulneración del principio de igualdad. Pero, por el

38. STJUE de 11 de julio de 2006, *Franz Egenberg*, C-313/04, apdo. 33. Véase, también, C. IZQUIERDO SANS, «Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)», *REDE*, N.º. 34, 2010, pp. 193-233. En ese artículo, el estudio de la jurisprudencia del TJ de la saga FOGASA expone bien el tratamiento del principio de igualdad en el ordenamiento europeo, especialmente en materia laboral.

contrario, ¿podría afirmarse que se trata de una diferencia de trato justificada por la cualificación y responsabilidad exigible en el trabajo que deben asumir los firmantes del concurso de méritos? Y, lo que es más importante, ¿puede y debe el Tribunal Constitucional de nuestro país realizarse estas preguntas en el ejercicio del control externo que realiza a las decisiones judiciales de no plantear cuestión prejudicial?

Las dificultades para dar respuesta a estas cuestiones son muchas. Por un lado, la respuesta no es obvia y requeriría un análisis de fondo que desborda con mucho el objetivo de este trabajo. En cualquier caso, si la respuesta no es obvia, ¿debemos entonces afirmar que existe una duda objetiva? La tentación es otorgar una respuesta positiva, especialmente porque la «falta de obiedad» se acerca a «la ausencia de toda duda», términos utilizados por el TJ para determinar cuál debía ser la interpretación del art. 267 TFUE.

V. UNA REFLEXIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Del análisis de la jurisprudencia expuesta se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La inaplicación de una norma de rango legal sin interposición de la cuestión prejudicial No vulnera, *per se*, el art. 24.2 CE, en su vertiente de las garantías del proceso.
2. La inaplicación de una norma de rango legal provocará que el Tribunal Constitucional realice un control algo más intenso sobre la negativa a interponer la cuestión prejudicial, pues tal inaplicación de ley facilita vislumbrar una posible lesión del artículo 24 CE. El TC realizará, en todo caso, un control externo y nunca un juicio de compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho europeo. El control externo, en estos casos, no es estrictamente formal o aparente, en la medida en que lo lleva a cabo asumiendo la jurisprudencia del TJ relativa al art. 267 TFUE.
3. La inaplicación de una norma de rango legal sumado a la existencia patente de duda sin acudir a la cuestión prejudicial implica una vulneración de las garantías del proceso (art. 24.2 CE), que sólo se materializa cuando se confirma que era patente y objetiva la existencia de duda que el juez nacional negó³⁹.

39. Conviene señalar lo complicada que resulta la operación en relación con la existencia de duda objetiva. Así por ejemplo, el ATC 62/2007, de 26 de febrero, inadmitió un amparo que se planteó en términos muy semejantes a los expuestos a la STC 58/2004, de 19 de abril, y el recurrente aducía dicha sentencia como argumento para la admisión y estimación del amparo. Se trataba de un supuesto en el que el TS había inaplicado unas normas forales por contradicción con el Derecho de la Unión en materia de ayudas públicas. La inaplicación se había llevado a cabo sin interponer la cuestión prejudicial, pues el TS consideró que no

4. Queda descartado, en nuestro país, la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley por la no interposición de la cuestión prejudicial, en la medida en que este derecho en nuestra jurisprudencia constitucional se limita a exigir que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal, invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, lo que en el debate mencionado, no se encuentra en liza. El TJ es, sin duda, el órgano predeterminado por ley para decidir sobre la interpretación del ordenamiento de la Unión, pero es el juez nacional el órgano que tiene la competencia indiscutible e irrenunciable de decidir si existe o no duda y el Tribunal Constitucional el único competente para revisar si, en su caso, el órgano judicial erró en la decisión que tomó con la no interposición de la cuestión prejudicial y vulneró el único derecho fundamental en ese contexto en juego: el derecho de defensa en el proceso.
5. La negativa a interponer la cuestión prejudicial, cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario y aplica la norma nacional en el litigio, no implica, *per se*, vulneración de la tutela judicial efectiva (SSTC 27/2013 y 212/2014). El canon de control que procederá aplicar en estos casos no difiere del que fijado con carácter general para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto y lo único que le corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria y, aún fundada en otra interpretación posible de la legalidad ordinaria, el razonamiento judicial no incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad ni está incurrido en un error patente.

A la vista de lo expuesto podemos afirmar que el Tribunal Constitucional acierta cuando, aun sin supeditar la inaplicación de ninguna norma nacional al planteamiento previo de una cuestión prejudicial de interpretación, exija que la inaplicación de una norma de rango legal requiera una aplicación rigurosa de la doctrina del acto claro, así como del acto aclarado. J. DIEZ-HOCHLEITNER ha afirmado que en juego está la confianza legítima de los justiciables en la conformidad de la acción del legislador con el ordenamiento comunitario. En relación con la doctrina del acto aclarado, conviene además advertir de los riesgos en los que puede incurrir un tribunal nacional cuando extrapola la doctrina sentada por el TJUE a supuestos que no han sido

existía duda alguna y que la incompatibilidad era clara. El recurrente alegaba que no era tan clara, pues el TSJ del País Vasco había realizado una interpretación conforme de dichas en el mismo proceso, lo que había sido impugnada ante el TS por la otra parte. En definitiva, el recurrente alegaba que el TS había introducido una duda donde no había, utilizando el argumento de la STC 58/2004, de 19 de abril. El TC inadmitió el recurso mediante Auto, con el argumento de que el TS era el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, por lo que podía separarse del criterio sentado por el TSJ del País Vasco sin que ello supusiera generar duda alguna, sino hacer el juicio de incompatibilidad que resultaba definitivo.

específicamente contemplados en sus pronunciamientos, como ocurre en el caso que nos ocupa⁴⁰. Es cierto que los pronunciamientos prejudiciales del TJUE tienen efectos *erga omnes*, pero no obstante ello, el órgano judicial ha de ser muy cuidadoso a la hora de calificar como análogo el supuesto y el acto aclarado si no son idénticos. Tras la confirmación de la jurisprudencia de la STC 58/2004, de 19 de abril, la doctrina se ha preguntado por la relevancia del rango legal de la norma inaplicada. R. ALONSO es partidario de negar un pronunciamiento de las características de la STC 58/2004 para los casos de inaplicación de una norma de rango reglamentario. A su parecer, la ley ocupa un lugar preminente en el sistema de fuentes al ser la expresión de la voluntad popular y el principio básico del sistema democrático parlamentario hoy vigente en España, por lo que disfruta de una mayor protección que viene además fundamentada por imperativo constitucional⁴¹.

Queda ahora enjuiciar el alcance restrictivo del control que ha optado por realizar el Tribunal Constitucional, en los casos en que el órgano judicial ha tomado una decisión de compatibilidad de la norma nacional con el Derecho europeo, sin interposición de una cuestión prejudicial, en virtud de la doctrina del acto claro o del acto aclarado. Lo cierto es que no es fácil encontrar el fundamento de actuación del Tribunal para el ejercicio de un control más intenso. Quizás la existencia de una cláusula europea en nuestra Constitución pudiera servir de asidero, especialmente una constitucionalización de la primacía y del efecto directo⁴².

Pero sin la existencia de esa cláusula, lo cierto es que el supuesto que comentamos presentaba algunas diferencias con la STC 27/2013 que conviene señalar y que podían haber sustentado otro fallo del Tribunal Constitucional: 1) la primera de ellas relacionada con los elementos que el TC debe utilizar para determinar si existencia de duda objetiva, pues el único límite claro es no proceder a la interpretación de la norma comunitaria ni de la norma nacional, pues ello es competencia de los órganos judiciales en virtud del artículo 117 CE. En el presente supuesto, sin introducirse en una labor interpretativa, era plausible afirmar la existencia de duda, ya que el caso en liza y el enjuiciado por el TJUE eran dos casos semejantes – se trataba igualmente de una actuación administrativa de nombramiento funcional, en la que se discutía si se computaba o no la antigüedad como interino entre los funcionarios de carrera que

40. Así lo ha afirmado acertadamente J. DIEZ-HOCHLEITNER, «Cuestión prejudicial y Política judicial», en R. ALONSO, I. UGARTEMENDIA, *La cuestión prejudicial europea*, op. cit., p. 173. El autor da cuenta de algunas sentencias del TS en las que se produce esa extrapolación que le lleva al error.

41. Véase: R. ALONSO GARCÍA, «Cuestión prejudicial Europea y tutela judicial efectiva», op. cit., p.13. *IDEIR*, nº 4 (2011). También un estudio muy completo de cuáles son las resoluciones judiciales que pueden llegar a tener relevancia constitucional a través del 24, véase: L. ARROYO JIMÉNEZ, «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización», *REDC*, núm. 102, 2014, pp. 293-316.

42. Sobre el tema véase: I. MOLINA, A. DE CIENFUEGOS, «Abrir la Constitución española a la interacción europea: opciones y modelos», *ARI* Nº 21-2005-de 8 de febrero de 2005, Instituto Elcano.

se presentaban a dicho nombramiento— y, pese a ello, el órgano judicial se separaba de la jurisprudencia del TJ en el supuesto semejante; 2) la segunda de las diferencias entre la STC 212/2014 y la STC 27/2013 es que en la primera, estaba en juego otro derecho fundamental que no era el artículo 24.1 CE, sino el principio de igualdad. Debemos recordar que el Tribunal Constitucional creó un control de motivación reforzada que opera cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide, de alguna manera, sobre otro derecho fundamental u otro valor constitucional, sin que, en cualquier caso, ello permita comprobar el grado de acierto de las decisiones judiciales. Es cierto, por lo demás, que no es claro en qué consiste el refuerzo de motivación o razonabilidad, pues se concreta en un canon más riguroso en la motivación, si bien hay que afirmar que se trata de un criterio interpretativo que se encuentra severamente modalizado por nuestra jurisprudencia constitucional, es decir, no supone exigir la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad⁴³. La aplicación del canon reforzado del artículo 24.1 CE a los supuestos en que la no interposición de la cuestión prejudicial requiera para su control la ponderación de otros derechos fundamentales que debían estar presentes y suficientemente protegidos en la construcción argumental del razonamiento cuestionado, puede, quizás, colocar al Tribunal Constitucional en una posición más equilibrada.

43. Véase sobre el tema J. MERCADER UGUINA, *Tutela judicial efectiva*, control de razonabilidad..., *op. cit.*, pp. 8-9. A modo de ejemplo puede ser útil la jurisprudencia de las SSTC 287/1994, de 27 de octubre y 5/2002, de 14 de enero.