

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

263 *Pleno. Sentencia 204/2016, de 1 de diciembre de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 6036-2015. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao en relación con el artículo 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca. Competencia sobre función pública: inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad en la que se aduce inconstitucionalidad sobrevenida de un precepto legal autonómico (STC 102/2016). Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6036-2015, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao en relación con el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE. Han comparecido y formulado alegaciones, el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 29 de octubre de 2015, al que se acompaña el correspondiente Auto de 7 de octubre del mismo año, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, por posible vulneración del art. 149.1.18 de la Constitución al establecer la norma autonómica un plazo de prescripción de las faltas leves distinto al establecido en el art. 97 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (en adelante LEEP).

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

a) Don Francisco Javier Crespo Corcés interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 4 de julio de 2014, de la Alcaldía-Presidencia de Bilbao, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 30 de abril de 2014, del Concejal delegado del área de recursos humanos, que le impuso una sanción de apercibimiento por la comisión de una falta disciplinaria leve prevista en el art. 44 b) de la Ley 1/1996, de 3 de abril de gestión de emergencias. En su demanda contenciosa impugnaba la resolución sancionadora, alegando –además de la caducidad del procedimiento y de la infracción del principio de tipicidad–, que la falta había prescrito al

haber transcurrido el plazo de un mes, previsto en el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, para las faltas leves, precepto, que, pese a establecer un plazo de prescripción distinto al previsto en el art. 97 LEEP, no supone, a su juicio, una infracción del orden competencial.

b) Por la representación del Ayuntamiento, en el acto de la vista celebrada el 8 de julio de 2015, se solicitó la desestimación de la demanda, y en relación con la alegada prescripción indicó que conforme al art. 97 LEEP el plazo de prescripción de la infracción es de seis meses para las faltas leves, siendo dicha norma la aplicable conforme al art. 149.1.18 CE, por lo que la infracción no ha prescrito.

c) Estando el procedimiento concluso para sentencia, y con suspensión del mismo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao dictó, el 15 de julio de 2015, un Auto por el que de conformidad con lo previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordaba conferir un plazo común de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, por posible vulneración del art. 149.1.18 de la Constitución, al haber entrado en contradicción con el art. 97 LEEP.

d) Al evacuar dicho trámite, el Ministerio Fiscal manifestó, mediante escrito fechado el 3 de septiembre de 2015, que concurrían los presupuestos procesales y que no se oponía al planteamiento de la cuestión que se suscitaba. El recurrente, mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2015, se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que la contradicción entre la normas podía resolverse por vía interpretativa, pues la STC 37/2002 declaró que no se infringía dicho precepto por una norma autonómica que estableciese un plazo de prescripción diferente al previsto en la norma estatal para el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

3. Por Auto de 7 de octubre de 2015, el órgano judicial planteó la posible inconstitucionalidad sobrevenida del art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, al haber entrado en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, en cuyo art. 97 establece un plazo de prescripción para faltas leves distinto e incompatible con el previsto en la norma autonómica. Afirma, que el precepto de la Constitución que podría haber resultado infringido es el art. 149.1.18 CE, en cuanto reserva al Estado la legislación sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas.

Considera, que a diferencia de lo resuelto en la STC 37/2002, en el supuesto ahora planteado, el legislador estatal ha declarado comprendidos en el ámbito de lo básico los plazos de prescripción de las faltas leves de los funcionarios, pues no sólo el art. 97 LEEP sino la totalidad de su regulación tiene tal carácter conforme a su artículo 1.1. Por otra parte, pone de relieve que no se ha alegado por las partes la posible inconstitucionalidad del art. 97 LEEP, ni le constan al Juzgado los motivos por los que dicho precepto pudiera vulnerar la Constitución.

Respecto a la incompatibilidad entre disposiciones contenidas en una ley autonómica y una base estatal posterior, cita, entre otras, las SSTC 1/2003 y 66/2011, y considera que ha de dirigirse al Tribunal Constitucional para que determine si concurre la causa de inconstitucionalidad sobrevenida.

Entiende el órgano judicial que «la opción por la vigencia y aplicación de una u otra norma (autonómica o estatal posterior de naturaleza básica) resulta relevante para la resolución del presente recurso, puesto que no es cuestión discutida entre las partes que la notificación de la incoación del procedimiento sancionador se produjo transcurrido un mes desde el hecho sancionado y antes de que transcurrieran seis».

4. Por providencia de 19 de enero de 2016, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, reservando para sí el conocimiento de la misma conforme al art. 10.1 c) LOTC y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que en

el improrrogable plazo de 15 días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes (art. 37.3 LOTC). Asimismo, se ordenó, por un lado, comunicar esa resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese definitivamente la cuestión y, por otro, publicar la admisión de la misma en el «Boletín Oficial del Estado» (lo que se llevó a efecto en el número 22, de 26 de enero de 2016).

5. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 3 de febrero de 2016, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de esa Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Igualmente, por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 5 de febrero de 2016, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 9 de febrero de 2016, el Abogado del Estado evacuó el trámite de alegaciones, interesando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Inicia el escrito de alegaciones afirmando que el objeto de la presente cuestión viene delimitado por el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, en cuanto que establece como plazo de prescripción de las infracciones leves el de un mes, a diferencia del art. 97 de la Ley 7/2007, del estatuto básico del empleado público, que establece para las infracciones leves un plazo de prescripción de 6 meses, produciéndose la inconstitucionalidad sobrevenida del mismo al tener el art. 97 de la Ley 7/2007 el carácter de legislación básica y suponer una vulneración de la competencia exclusiva que tiene el Estado en la materia del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, de acuerdo con el art. 149.1.18 CE.

Entiende que el art. 89.2 de la Ley de la función pública vasca es un precepto aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, ya que la infracción que ha dado lugar a la incoación del procedimiento sancionador es una falta leve, que se ha notificado transcurrido el plazo de un mes desde que se cometió la misma, pero antes de que pasaran los seis meses, con lo que si la norma vasca es válida la infracción estará prescrita, no estándolo en caso contrario.

Afirma, que debe estimarse la cuestión por ser contraria a las competencias exclusivas del Estado recogidas en el art. 149.1.18 CE, tratándose de una inconstitucionalidad mediata sobrevenida por vulneración de la legislación básica estatal en materia de régimen disciplinario. Es claro que el art. 97 LEEP (actualmente art. 97 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público) ha sido dictado en virtud de las competencias exclusivas del Estado en materia del régimen disciplinario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), por lo que tiene el carácter de legislación básica. En tal sentido resulta de la disposición final primera de la Ley del estatuto básico del empleado público.

8. El 11 de febrero de 2016 tuvo entrada en este Tribunal un escrito presentado por el Procurador don Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante el que se personaba en el proceso constitucional, solicitando que se entendieran con él las actuaciones sucesivas.

9. Por escrito registrado el 11 de febrero de 2016, la Letrada del Parlamento Vasco, doña Montserrat Auzmendi Del Solar, solicitó que se le tuviera por personado al Parlamento Vasco y se le comunicaran las incidencias que en lo sucesivo se produzca, así como se le notifique la resolución final que recaiga en esta cuestión de inconstitucionalidad.

10. El 24 de febrero de 2016 se presentó en este Tribunal el escrito de alegaciones de la Fiscal General del Estado por el que solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

En primer lugar, la Fiscal General del Estado aprecia que se cumplen los presupuestos procesales de correcta identificación de las disposiciones legales que suscitan las dudas de validez constitucional y de los preceptos constitucionales que, supuestamente, resultan infringidos, así como de la correcta realización del juicio de aplicabilidad y de relevancia de la norma para la resolución del proceso subyacente.

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, refiere que el art. 89.2 de la Ley de la función pública vasca establece unos plazos de prescripción de las faltas disciplinarias de los funcionarios públicos: de seis años para las faltas muy graves, dos años para las graves y de un mes para las leves, que son diferentes a los que ha fijado el art. 97 LEEP, en el cual se prevé un plazo de tres años para las faltas muy graves, dos años para las graves y de seis meses para las leves, siendo esta última clase la que es objeto de sanción en el proceso de origen de la cuestión.

Afirma, que desde el punto de vista formal, el art. 97 LEEP es una norma estatal básica puesto que la propia disposición final primera de la Ley del estatuto básico del empleado público lo establece expresamente. Además desde el punto de vista material, el precepto legal cuestionado está incluido en el título de la Ley sobre el régimen disciplinario, regulando los plazos de prescripción de las faltas disciplinarias, y, como ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal, el régimen disciplinario es un aspecto esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos (STC 37/2002, FJ 8).

La competencia exclusiva que establece el art. 10.4 del Estatuto del País Vasco, está expresamente condicionada a la observancia de la competencia que al Estado otorga el art. 149.1.18 CE, sin que la regulación común de los plazos de prescripción en materia disciplinaria, pueda entenderse una intromisión en la organización y funcionamiento de la Administración Autonómica, ni en su singularidad institucional, por lo que tampoco es uno de los supuestos a los que se refiere la disposición final segunda de la Ley del estatuto básico del empleado público.

La incompatibilidad de los plazos de prescripción establecida por la disposición legal autonómica respecto de las faltas muy graves y las faltas leves, frente al art. 97 LEEP, determina que la contradicción entre ambas normas deba entenderse insalvable, y, por ello, la norma autonómica incurre en una infracción del art. 149.1 18 CE

En virtud de lo expuesto solicita que se acuerde la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por Auto de 7 de octubre de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao, respecto del art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca.

11. Por providencia de 29 de noviembre de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de diciembre del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao plantea cuestión de inconstitucionalidad del art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, por contravenir el art. 97 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (en adelante LEEP), dictado por el Estado al amparo del art. 149.1.18 CE, en el que se establece un plazo de prescripción para faltas leves –seis meses–, distinto e incompatible con el establecido en la norma autonómica –un mes–.

En los términos recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, coinciden con el juicio de inconstitucionalidad formulado por el Tribunal a quo, por lo que interesan la estimación de la misma.

2. Conviene poner de relieve que el objeto del proceso en el que se planteó la presente cuestión de inconstitucionalidad tuvo como origen la impugnación de una resolución del Alcalde-Presidente de Bilbao por la que se imponía al recurrente una

sanción de apercibimiento por la comisión de una falta disciplinaria leve, que éste consideraba prescrita al haber transcurrido el plazo de un mes, previsto en el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca. La representación del Ayuntamiento discrepaba del recurrente al entender aplicable, dado su carácter básico, el art. 97 LEEP, que para las faltas leves establecía un plazo de prescripción de seis meses.

El órgano judicial, que no duda del carácter básico de la norma estatal, plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 89.2 de la Ley vasca, que reprodujo, en lo relativo al plazo de un mes de prescripción de las faltas leves, el art. 87.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobada mediante Decreto 315/1964, de 7 de febrero. Este último precepto –que se mantuvo vigente tras la Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública–, fue posteriormente derogado por el apartado a) de la disposición derogatoria única de la Ley del estatuto básico del empleado público, que en el párrafo primero del artículo 97 elevó el plazo de prescripción de las faltas leves a seis meses y en cuya disposición final primera, se indica que «las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios». Finalmente, dicho artículo ha sido derogado e incorporado literalmente al art. 97 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, en la que la norma autonómica no vulnera directamente la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias (entre otras, STC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 1).

3. Aunque, a diferencia del supuesto resuelto por la STC 102/2016, en el presente caso la norma de cuya constitucionalidad duda el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao no reproduce precepto alguno estatal de carácter básico, sino que se trata de un precepto dictado en ausencia de legislación básica estatal, la razón de decidir de aquella Sentencia sirve para resolver también el presente proceso constitucional. En ambos casos se trata de una ley autonómica a la que, en el momento en que se dictó, no podía imputarse vicio alguno de inconstitucionalidad, y que, sin embargo, deviene incompatible con una ley básica del Estado aprobada con posterioridad.

Partiendo de que, en tales casos, el legislador autonómico debe acomodar su legislación a la posterior estatal de carácter básico, este Tribunal ha asentado en la Sentencia antes citada, y en las posteriores 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, la doctrina que, en lo que ahora interesa, recogemos a continuación:

«Pero si esa acomodación no tiene lugar el operador jurídico primario se encuentra ante una alternativa en la que inevitablemente ha de dar preferencia a una de las dos leyes en conflicto, en detrimento de la otra...

El operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad, pues su planteamiento se reserva a los jueces y tribunales, y esto significa que el asunto se ha judicializado, lo que representa siempre una situación indeseable, de tal modo que otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica... Es la técnica que utiliza con toda naturalidad la jurisdicción ordinaria para inaplicar, sin que esto signifique su nulidad, preceptos de reglamentos ejecutivos que transcriben la ley que desarrollan, cuando ésta se modifica. Es la técnica que también se utiliza por la jurisdicción ordinaria, y que este Tribunal ha considerado conforme con la Constitución (SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5, y 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6), cuando inaplica normas con rango legal que contradicen normativa comunitaria europea. Es fin, es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE que atribuye a las normas del Estado prevalencia sobre

las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

El art. 149.3 CE es un precepto destinado no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas y que no hayan de resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas. De sus distintas reglas, una de las cuales es la de la prevalencia de las normas del derecho estatal en los términos que la misma describe ('prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas'), resultan destinatarios los aplicadores del Derecho sin distinción, y su finalidad no es otra que la de asegurar la plenitud del ordenamiento, tal y como ha afirmado de manera reiterada este Tribunal [entre otras, SSTC 118/1996, de 27 de junio, FFJJ 4 y 9; 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12.c); 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 13, o 139/2011, de 14 de septiembre, FJ 4]; reservando la Constitución a su vez a este último, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

El art. 149.3 CE proporciona una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas puedan desarrollarse con fluidez, en situaciones que no demanden como respuesta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de alguno de ellos; teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas ni son competentes '... para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico (STC 132/1989, FJ 33)' [STC 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 13], ni lo pueden ser para condicionar el Derecho estatal posterior.

Este Tribunal ha declarado hasta ahora que el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica que desarrolla, no puede llevarse a cabo por aplicación del principio de prevalencia de las normas del Estado (art. 149.3 CE), sino que es un auténtico control de constitucionalidad reservado al Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4). Por ello, en los supuestos en que con apoyo en títulos competenciales distintos, Comunidad Autónoma y Estado aprueban productos normativos incompatibles, el conflicto planteado se resuelve sin traer a colación el art. 149.3 CE, en favor del título competencial considerado más específico (SSTC 87/1987, de 2 de junio, FJ 2; 190/2000, de 13 de julio, FJ 4; 188/2001 de 20 de septiembre, FJ 6, y 214/2015, de 22 de octubre, FJ 3; así como las citadas en este mismo fundamento jurídico).

La cuestión que se plantea en este caso es diferente, pues la Comunidad Autónoma de Galicia, al incluir en la Ley 5/1997, de 22 de julio, su artículo 32.1, no lo hizo reclamando una competencia propia ... Este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse ... inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3 CE), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que en todo caso puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria.

La consecuencia de todo lo anterior significa que la Xunta de Galicia actuó acertadamente y que esa prevalencia del Derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el Juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que efectivamente concurrían las condiciones para ello.» (FJ 6).

4. De lo anteriormente expuesto debemos concluir –como hemos ya adelantado–, que se nos pregunta sobre la constitucionalidad de una norma que no resulta aplicable al caso, de modo que debemos declarar la inadmisibilidad del presente proceso

constitucional, posibilidad que permanece abierta no obstante haberse pronunciado este Tribunal, en su día, en favor de su admisión (así, por ejemplo, SSTC 102/2016, de 27 de mayo, FJ 7).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a uno de diciembre de dos mil dieciséis. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6036-2015

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, formulo Voto particular tanto a la fundamentación como al fallo de esta Sentencia.

La inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad se basa enteramente en la novedosa doctrina de la prevalencia del derecho estatal enunciada y aplicada por primera vez en la STC 102/2016, de 25 de mayo. En el Voto particular que formulé a dicha Sentencia expuse en detalle las razones por las que considero inasumible dicha doctrina, así como mi disconformidad con la ausencia de justificación de tan fundamental alteración de los principios que han regulado las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómico durante treinta y seis años. Alteración fundamental que, además, fue alcanzada por la mínima mayoría del número de Magistrados, como se constata en los Votos formulados a la STC 116/2016, de 20 de junio, de la Sala Primera, y a la STC 127/2016, de 7 de julio, del Pleno.

Así pues, las razones de fondo de mi discrepancia con la presente Sentencia, que de nuevo inadmite una cuestión de inconstitucionalidad a partir del entendimiento de que el órgano judicial no solo puede, sino que está obligado, por su propia autoridad, a inaplicar una norma autonómica devenida incompatible con una norma estatal de cuyo carácter básico no duda, son las mismas que ya expuse en el Voto particular referido a la citada STC 102/2016, y a ellas me remito ahora. Por las razones que desarrollé allí considero que en este proceso debería haberse admitido la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao.

Mi decisión de formular un nuevo Voto particular se debe a razones metodológicas cuya observancia es, en mi opinión, esencial para sustentar la legitimidad de la jurisdicción constitucional. La actual Sentencia aplica ahora la doctrina de la prevalencia a un supuesto de hecho que no presenta ninguna de las tres circunstancias que este mismo Tribunal consideró relevantes en la STC 102/2016 para apartarse de la doctrina canónica, según la cual un órgano de la jurisdicción ordinaria no puede inaplicar, por su propia y exclusiva autoridad, una norma de rango legal, sino que el sometimiento estricto de la jurisdicción ordinaria al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y el monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes obligan, de acuerdo con el art. 163 CE, a promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. La consideración del carácter distintivo específico del supuesto de hecho entonces abordado recorrió toda la fundamentación de la Sentencia y se explicitó reiteradamente en ciertos fragmentos. De

forma elocuente, tras recordar el contenido de la doctrina canónica, en los términos antes expuestos, afirmaba que: «este Tribunal considera, sin embargo, que según los argumentos que se exponen a continuación, debe apartarse de la doctrina indicada en un caso como el que da origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad en que la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica» (FJ 2, in fine). Más adelante se vuelve a afirmar que «la cuestión que se plantea en este caso es diferente» (FJ 6).

Desde el punto de vista sustantivo, estas fueron las tres circunstancias del supuesto de hecho consideradas relevantes en la STC 102/2016 para apartarse de la inveterada doctrina anterior:

a) En la STC 102/2016 este Tribunal afirmó hasta seis veces que uno de los elementos decisivos conducentes a la solución de prevalencia por la que se optaba era el carácter de *lex repetita* de la norma autonómica, que reproducía textualmente una norma estatal: «este Tribunal considera, sin embargo, que según los argumentos que se exponen a continuación, debe apartarse de la doctrina antes indicada en un caso como el que da origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad en que la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica» (FJ 2); «se trata de una ley autonómica que en el momento de su aprobación no contradecía legislación básica alguna porque se limitaba a reproducir su texto, cuando la legislación básica se modifica en términos incompatibles con aquella legislación autonómica y hemos de considerar si esta modificación determina el desplazamiento de la legislación autonómica en favor de la aplicación de la legislación básica estatal posterior, o la inconstitucionalidad sobrevenida de aquélla» (FJ 3); «la práctica frecuente del legislador autonómico de introducir en su normativa de desarrollo preceptos que corresponden a la legislación básica que se pretendía desarrollar ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de este Tribunal» (FJ 5); «la reproducción por la legislación autonómica de desarrollo de preceptos de la legislación básica puede utilizarse y de hecho se utiliza normalmente como medio para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable» (FJ 6); «pero su virtualidad no alcanza, como es obvio, a alterar la naturaleza de la legislación reproducida» (FJ 6); «si esa modificación [de la norma básica que es reproducida por la autonómica] se produce es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica ... Pero si esa acomodación no tiene lugar» (FJ 6); «es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquélla pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo» (FJ 6).

Pues bien, en el presente caso la norma autonómica que se quiere desplazar no es una *lex repetita* en sentido técnico pues, cuando fue aprobada, no existía norma básica alguna sobre la materia. Cuando en 1989 el legislador vasco optó por un plazo de prescripción de un mes para las infracciones disciplinarias leves, ciertamente se pudo inspirar en el plazo vigente para la prescripción de las infracciones leves en el ámbito de la Administración general del Estado de acuerdo con el art. 87.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobada mediante Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y que se mantuvo vigente tras la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Ahora bien, esa norma no era básica: la STC 37/2002, de 14 de febrero, FFJJ 9 y 11, descartó que el art. 87.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado tuviera carácter básico.

b) En la STC 102/2016 este Tribunal afirmó que «[l]a cuestión que se plantea en este caso es diferente, pues la Comunidad Autónoma de Galicia, al incluir en la Ley 5/1997, de 22 de julio, su artículo 32.1, no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar» (FJ 6).

Pues bien, a diferencia de lo que se afirmaba en la STC 102/2016, el Parlamento Vasco aprobó la norma aquí controvertida ejerciendo en su día «una competencia propia»:

la competencia de legislar en materia de función pública en relación con sus propios empleados, que se concretó en el art. 89.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca. Así pues, hasta la entrada en vigor del estatuto básico del empleado público (aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril), primera norma estatal que regula el plazo de prescripción de las infracciones disciplinarias leves y que se afirma básica, la Comunidad Autónoma del País Vasco estaba ejerciendo una competencia propia derivada de su Estatuto de Autonomía.

c) Finalmente, a diferencia de lo que se afirmaba en la STC 102/2016, en este caso la norma estatal que sirve de contraste y que se afirma que debe prevalecer sobre la norma autonómica no había sido examinada y calificada previamente como básica por el Tribunal Constitucional.

En suma, la doctrina perfilada en la STC 102/2016 se aplicaba a un supuesto muy especial caracterizado por la concurrencia de tres circunstancias: el carácter de *lex repetita* de la norma autonómica, la ausencia de competencia autonómica al respecto en el momento en que se dicta la norma autonómica repetita y el carácter básico de la norma estatal así declarado previamente por este Tribunal. Por tanto, la STC 102/2016 no llegaba a dejar en manos de los órganos judiciales de forma incondicional la importante función de la apreciación de la contradicción de la norma autonómica con la norma estatal que se afirma básica y que provoca una consecuencia tan importante como es su desplazamiento. Este efecto es el que ahora se avala con la generalización incondicionada de la doctrina de la prevalencia que efectúa la presente Sentencia. La ausencia de las tres mencionadas circunstancias en el presente caso debía haber impedido la traslación mecánica de la doctrina de la STC 102/2016 o, dicho de otro modo, el apartamiento radical de nuestra doctrina canónica; y como mínimo, al optar por tal ampliación, era inexcusable exponer de forma precisa las razones que pudieran justificar tal extensión o exigían la extensión de la doctrina de la prevalencia fuera de aquel concreto supuesto de hecho.

La Sentencia no oculta, sino al contrario, reconoce explícitamente, que el presente caso no puede identificarse con el analizado en la STC 102/2016: «a diferencia del supuesto resuelto por la STC 102/2016, en el presente caso la norma de cuya constitucionalidad duda el Juzgado ... no reproduce precepto alguno estatal de carácter básico, sino que se trata de un precepto dictado en ausencia de legislación básica estatal». Pero se conforma con constatar la falta de identidad en uno solo de los elementos y no se pronuncia con respecto a los demás. Y a renglón seguido afirma lo siguiente, con un énfasis en la aseveración que no logra encubrir el vacío de argumentación: «la razón de decidir de aquella Sentencia sirve para resolver también el presente proceso constitucional. En ambos casos se trata de una ley autonómica a la que, en el momento en que se dictó, no podía imputarse vicio alguno de inconstitucionalidad, y que, sin embargo, deviene incompatible con una ley básica del Estado aprobada con posterioridad» (FJ 3). A continuación se reproduce un extenso fragmento del fundamento jurídico 3 de la STC 102/2016, en el que, convenientemente, se omiten todas aquellas frases que hacían alusión al carácter de *lex repetita* de la norma autonómica. Esto es, la doctrina especial de la prevalencia, formulada inicialmente, hace solo seis meses, como excepción a la doctrina general de la obligación judicial de plantear cuestión de inconstitucionalidad, y que fue circunscrita a la concurrencia de tres requisitos, aparece ya liberada de la rémora de esos tres requisitos y se convierte en una doctrina con vocación de generalidad. Solo se mantiene la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial dude expresamente del carácter básico de la norma estatal. Esa entronización de la doctrina de la prevalencia queda ayuna de una explicación acorde a su trascendencia.

En consecuencia, tal generalización incondicionada de la doctrina de la prevalencia en relación con las inconstitucionalidades sobrevenidas en el ámbito de las competencias compartidas, con el correlativo abandono de la sólida doctrina sobre la incompetencia de los órganos judiciales para fiscalizar las normas posconstitucionales con rango de ley, debilita nuestro modelo de jurisdicción constitucional concentrada, por lo que respecta tanto a la determinación del carácter básico de las normas estatales, como a la apreciación de si se da o no una contradicción insalvable de la norma autonómica. Asimismo se

menoscaba la dignidad del legislador autonómico, que es un legislador tan democrático como el estatal, permitiendo que sus normas puedan ser desplazadas por la propia autoridad de cualquier órgano judicial que las considere incompatibles con una norma estatal sobrevenida. Todo ello, sin conceder oportunidad alguna al autor de la norma o a la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente para personarse en el proceso jurisdiccional en el que se produce esa inaplicación y poder de esta forma defender su conformidad constitucional, o articular un pertinente recurso contra la decisión del órgano judicial; a diferencia precisamente de lo establecido para la cuestión de inconstitucionalidad, proceso constitucional que permite, como así ha acontecido en el presente caso, que tanto la representación del Parlamento autonómico autor de la norma cuestionada como la representación de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente se personen en este proceso y realicen las alegaciones que estimen oportunas.

Por todo ello, quiero expresar mi más profundo disenso con el fondo y la forma en la que se ha llevado a cabo una generalización incondicionada de la doctrina de la prevalencia que sin duda será fuente de conflictos, situaciones injustificadas de tratamiento desigual, inseguridad jurídica e indefensión, y que además debilita la posición del legislador autonómico en el sistema de fuentes.

Y en tal sentido emito este Voto particular.

Madrid, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.—Adela Asua Valdés.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García a 1.ª Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6036-2015

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) y con pleno respeto a la opinión del resto de Magistrados, por medio de este Voto particular quiero expresar mi discrepancia con la Sentencia mayoritaria. Si bien, antes de adentrarme en el motivo de la divergencia, creo necesario efectuar unas consideraciones previas.

Tengo la convicción de que el Voto particular no es sino la manifestación de un doble fracaso, pues quien lo formula no ha logrado convencer a la mayoría de Magistrados del acierto constitucional de su enfoque, ni tampoco estos han conseguido persuadir al discrepante de la corrección constitucional de su posición. Ciertamente la situación del que sostiene la tesis minoritaria es más delicada, no solo porque se aparta del criterio mayoritario, sino porque con la decisión de plasmar la discordancia en el Voto particular, debilita la doctrina constitucional, ocasionando cierta inseguridad sobre la evolución de la misma, que no es deseable en ningún caso en la interpretación de las normas, pero aún es menos conveniente cuando el desacuerdo se produce en el seno del órgano que concentra el control de la constitucionalidad de las leyes. Tales valoraciones, han venido pesando sobre mí en las ocasiones en que he tenido que decidir hacer pública mi discrepancia con la mayoría a través de la plasmación de un Voto particular —muestra de ello son los escasos Votos que he emitido—, y, desde luego, me imponen en el presente un uso prudente y leal a la institución a la que sirvo.

Efectuadas tales apreciaciones, debo en primer lugar remitirme a los argumentos que se plasmaron extensamente en el Voto particular suscrito por un Magistrado a la STC 102/2016, que son plenamente aplicables a esta Sentencia, no en vano, puede afirmarse que nada se añade en esta Sentencia distinto a lo razonado en aquella. Es precisamente esta identidad argumental, esto es, la ausencia de argumentación que acomode la respuesta a las significativas diferencias existentes entre los casos resueltos en la referida Sentencia y en la actual —y que se señalarán más adelante—, la que suscita la incertidumbre sobre el alcance del giro jurisprudencial advertido en el anterior Voto particular y que ahora se evidencia como real.

La diferencia entre los supuestos resueltos es reconocida en el fundamento jurídico 3, al afirmar que «a diferencia del supuesto resuelto por la STC 102/2016, en el presente

caso la norma de cuya constitucionalidad duda el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao no reproduce precepto alguno estatal de carácter básico, sino que se trata de un precepto dictado en ausencia de legislación básica estatal», añadiendo, de modo aseverativo que «la razón de decidir de aquella Sentencia sirve para resolver también el presente proceso constitucional. En ambos casos se trata de una ley autonómica a la que, en el momento en que se dictó, no podía imputarse vicio alguno de inconstitucionalidad, y que, sin embargo, deviene incompatible con una ley básica del Estado aprobada con posterioridad».

Sin embargo, no parece que la Sentencia vislumbre la intensidad de las consecuencias que un cambio de semejante envergadura puede ocasionar en nuestro modelo concentrado de justicia constitucional, al abrir una vía de entrada al modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes sin los reajustes necesarios para evitar la inseguridad jurídica y preservar la posición de los Parlamentos autonómicos. Es por ello necesario exponer, en primer lugar, el alcance de los elementos diferenciales entre los supuestos tratados en ambas Sentencias, para posteriormente mostrar los desequilibrios que en el control de constitucionalidad concentrado, –y en la posición de los Parlamentos autonómicos–, ocasiona la aplicación de la nueva doctrina al abandonar las excepcionales circunstancias que justificaron su nacimiento.

El caso que dio origen al cambio de la doctrina constitucional (STC 102/2016), dadas las características difícilmente repetibles sobre las que asentaba el incremento de las potestades de control judicial de la inconstitucionalidad mediata de las leyes, no permitía advertir las importantes consecuencias que ahora se dejan entrever, al proyectar el cambio sin las limitaciones del caso. En efecto, la STC 102/2016, partía de la afirmación de la doctrina tradicional, por la que ante un nuevo caso de inconstitucionalidad indirecta o mediata, en los que la norma autonómica controvertida no vulnera directa o frontalmente un precepto de la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias «no puede un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar, por su propia y exclusiva autoridad, esa norma de rango legal, sino que el sometimiento estricto de la jurisdicción ordinaria al ‘imperio de la ley’ (art. 117.1 CE) y el monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes obligan, de acuerdo con el art. 163 CE, a promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Descansa esa doctrina, como decimos, en la idea de que los ‘órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8, y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3) (SSTC 66/2011, FJ 6, y 159/2012, FJ 5, ambas con cita de la STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9; en el mismo sentido, STC 162/2009, de 29 de junio, FJ 3)».

Indicaba que en estricta aplicación de esa doctrina, «la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia elevaba la cuestión de inconstitucionalidad para que este Tribunal declare esa “inconstitucionalidad sobrevenida” del art. 32.1 de la Ley de la Administración local de Galicia, teniendo presente el carácter formal y materialmente básico del nuevo art. 47.2 LBRL ya declarado en las citadas SSTC 66/2011 y 159/2012, por referencia a su letra d)».

La STC 102/2016, tras afirmar la doctrina tradicional, vinculaba el apartamiento de la misma a las circunstancias del caso, afirmando que «este Tribunal ... debe apartarse de la doctrina antes indicada en un caso como el que da origen a la presente cuestión de

inconstitucionalidad en que la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica». Para la STC 102/2016, era el caso que daba origen a la cuestión: ley autonómica que reproducía ley básica estatal, que se modifica en un sentido incompatible con la legislación autonómica, habiéndose afirmado «el carácter formal y materialmente básico del nuevo art. 47.2 LBRL ya declarado en las citadas SSTC 66/2011 y 159/2012», el que permitía apartarse de la doctrina.

Así plasmadas las circunstancias de inaplicación de la doctrina –que no de su derogación–, se completaba el contexto de la decisión con argumentos tales como que era «práctica frecuente del legislador autonómico de introducir en su normativa de desarrollo preceptos que corresponden a la legislación básica que se pretendía desarrollar», siendo utilizada dicha práctica «como medio para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable», añadiendo que si se modificaba la legislación básica «es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica». Finalmente tras reconocer que si bien «el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica que desarrolla, no puede llevarse a cabo por aplicación del principio de prevalencia de las normas del Estado (art. 149.1 CE), sino que es un auténtico control de constitucionalidad reservado al Tribunal Constitucional (STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4)», reiteraba que la «cuestión que se plantea en este caso es diferente, pues la Comunidad Autónoma de Galicia, al incluir en la Ley 5/1997, de 22 de julio, su artículo 32.1, no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar. Este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3 CE)».

Sin embargo, la Sentencia frente a la que se formula el presente Voto, no supone como indicaba la STC 102/2016, un mero «apartarse de la doctrina» tradicional –que precisamente por ser exceptuada para el caso concreto era afirmada como válida con carácter general, con la consecuencia de minimizar el impacto constitucional de lo resuelto–, sino que supone de facto su derogación y la apertura de una grieta en el monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes postconstitucionales, con las consecuencias y desajustes que posteriormente se expondrán. En efecto, ninguno de los presupuestos que permitieron el apartamiento de la tradicional doctrina, concurrían en el caso actual, por lo que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial era obligado. En tal sentido, el art. 89.2 de la Ley vasca, se aprobó reclamando una competencia propia, pues no existía regulación básica en materia disciplinaria, estableciendo el plazo de un mes de prescripción de las faltas leves. El art. 87.2 de la Ley de funcionarios civiles del Estado, aprobada mediante Decreto 315/1964, de 7 de febrero, contemplaba idéntico plazo de prescripción, pero no predicaba de sí misma, por razones obvias, su carácter formalmente básico. Además la STC 37/2002, de 14 de febrero, FFJJ 9 y 11 había descartado que dicho precepto –el artículo 87.2–, tuviera el carácter básico, en tanto que no era posible «inferir bases de normas legales preconstitucionales en el supuesto de que el legislador estatal postconstitucional hubiera procedido a establecer con aparente amplitud e innovación las bases de una determinada materia» (STC 37/2002, FJ 9). Por lo que el art. 89.2 de la Ley vasca no era expresión de la «práctica frecuente del legislador autonómico de introducir en su normativa de desarrollo preceptos que corresponden a la legislación básica que se pretendía desarrollar», ni suponía el ejercicio de funciones que no eran propias del legislador autonómico. No fue hasta que se aprobó la Ley del estatuto básico del empleado público, que se atribuye formalmente el carácter de básico, cuando en el párrafo primero del artículo 97 se eleva el plazo de prescripción de las faltas leves a seis meses, precepto que ha sido finalmente derogado e incorporado literalmente al art. 97 del Real Decreto

Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, sin que a diferencia de lo que acontecía en la STC 102/2016, dicho precepto se haya declarado «materialmente básico» por este Tribunal.

Pese a la distancia entre los dos supuestos planteados, la Sentencia se limita a indicar que se «trata de una ley autonómica a la que, en el momento en que se dictó, no podía imputarse vicio alguno de inconstitucionalidad, y que, sin embargo, deviene incompatible con una ley básica del Estado aprobada con posterioridad». Ahora bien, el art. 97 del Real Decreto Legislativo 5/2015, no ha sido declarado básico por este Tribunal, que tampoco se ha pronunciado sobre si el contenido del mismo excede de la regulación de lo básico, ni tampoco la incompatibilidad entre el art. 97 del Real Decreto Legislativo 5/2015 y el art. 89.2 de la Ley vasca. De este modo, la Sentencia viene a atribuir el control mediato de la constitucionalidad de la Ley vasca a la jurisdicción ordinaria, que será la facultada para encuadrar la materia en un título competencial, determinar, en su caso, si ha existido o no un exceso en el ejercicio de las competencias por parte del Estado y si concluye que el Estado ha ejercido, sin exceso, la competencia para el establecimiento de las bases, deberá verificar si la legislación básica y la autonómica de desarrollo son incompatibles, desplazando la legislación autonómica en caso de que sea incompatible con la legislación básica estatal y ello sin intervención alguna de este Tribunal, que ni tan siquiera habrá declarado el carácter básico del precepto estatal aplicado.

Como hemos adelantado, no parece que la Sentencia entrevea los desajustes que la grieta abierta en nuestro modelo concentrado de justicia constitucional, va a ocasionar con la aparición de un control difuso de constitucionalidad de las leyes, ejercido por la jurisdicción ordinaria, sin posibilidad de ulterior supervisión de este Tribunal. Baste apuntar algunos inconvenientes que la doctrina plasmada en la presente Sentencia plantea.

Será posible que el precepto estatal, formalmente básico, éste recurrido ante este Tribunal por una Comunidad Autónoma o cuestionado por otro órgano judicial, pese a lo cual la aplicación de la doctrina expuesta facultará –más bien impondrá–, al Juez o Tribunal, ante quien se plantee el conflicto, que no dude del carácter básico del precepto estatal, a desplazar la norma autonómica incompatible con aquél, pudiendo adoptar dicha decisión incluso sin posibilidad de recurso alguno ante la jurisdicción ordinaria. Dicha decisión ni tan siquiera será controlable por este Tribunal a través del recurso de amparo (arts. 53.2 CE, 41.1 y 44.1 LOTC), al no ser éste un instrumento apto para el control de la correcta distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que, por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva incluya, salvo que se modifique su contenido, un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (por todas, STC 169/2015). Tal pérdida del monopolio en la fiscalización de la constitucionalidad traerá consigo la lógica inseguridad jurídica por la disparidad de criterios existentes. No será tampoco inusual que el Parlamento autonómico o la Comunidad Autónoma que haya impugnado una norma estatal por no considerarla básica o por considerar que el Estado se ha excedido en la regulación de lo básico, no pueda oponerse en modo alguno a que se inaplique la norma autonómica por los órganos judiciales –al no ser parte en el procedimiento–, sin que exista mecanismo alguno que lo remedie para el caso de que se estime el recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias planteado por la Comunidad Autónoma o por su Parlamento. A la merma de las posibilidades de defensa se le sumará, como hemos adelantado, la inseguridad constitucional derivada de las distintas apreciaciones entre órganos judiciales sobre la compatibilidad entre la norma básica y la autonómica de desarrollo, con la consecuencia de que unos órganos apliquen la Ley autonómica y otros la dejen inaplicada.

Por otra parte, la imposibilidad de que el órgano judicial plantee la cuestión de inconstitucionalidad de la norma autonómica que colisione con una ley formalmente básica y la obligación del mismo de inaplicar la Ley autonómica, se tomará sin oír al Parlamento autonómico y a la Comunidad Autónoma –que frecuentemente no serán parte en el procedimiento judicial–, viéndose de este modo privados –a resultados del cambio de doctrina constitucional–, del cauce previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

para defender la constitucionalidad de la Ley autonómica, su compatibilidad con la Ley estatal formalmente básica, o el exceso de competencia del Estado en la delimitación de lo básico. Tal desajuste, ocasionado por la modificación de la doctrina, privará al Parlamento o al Gobierno autonómico de la posibilidad de defender la dignidad de una ley aprobada por un Parlamento autonómico que representa la voluntad del pueblo, que en otro caso podría defender en el marco del proceso constitucional.

En tal sentido formulo el presente Voto particular.

Madrid, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.–Santiago Martínez-Vares García.–
Firmado y rubricado.