|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 155/2013 |
| Fecha | de 9 de julio de 2013 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, 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 y don Enrique López y López. |
| Núm. de registro | 1801-2013 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1801-2013 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 26 de marzo de 2013, al que se acompaña el correspondiente Auto de 26 de febrero de 2013, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) El recurrente en el proceso a quo, médico con nombramiento estatutario fijo, solicitó antes de cumplir la edad de 67 años, la autorización para prolongar su permanencia en el servicio activo, al amparo del art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, habida cuenta del próximo vencimiento de la prórroga concedida por dos años. Solicitud que fue estimada parcialmente por el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud, pues se le autorizó una prórroga de seis meses y no por un año según lo solicitado.

b) Contra dicha resolución se interpuso, en tiempo y forma, recurso contencioso-administrativo, solicitándose en el otrosí la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución recurrida a fin de permitir al recurrente continuar en el servicio activo en el tiempo que le fue denegado del total solicitado. Mediante Auto de 25 de enero de 2012, confirmado por otro posterior de 23 de febrero de 2012, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acordó suspender la ejecución de la resolución administrativa impugnada y, en consecuencia, autorizar al recurrente a continuar en el desempeño del puesto que ocupaba.

c) Mediante resolución de 24 de abril de 2012 el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud acordó resolver la autorización de prolongación del servicio activo y declarar la jubilación forzosa del recurrente con efectos de 30 de abril de 2012, al amparo de lo establecido en la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos. Con fecha de 7 de mayo de 2012 y de conformidad con el art. 109 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurrente planteó demanda incidental solicitando la declaración de nulidad de dicha resolución administrativa, demanda que fue estimada por Auto de 13 de julio de 2012 que declaró la nulidad de la resolución de 24 de abril de 2012, y tuvo por formulada por el Instituto Catalán de Salud solicitud de modificación de las medidas cautelares inicialmente adoptadas. Interpuesto recurso de reposición por el Instituto Catalán de Salud, el Auto de 8 de noviembre de 2012 lo desestima en el particular referido a la declaración de nulidad de la resolución de 24 de abril de 2012, y lo estima en el pronunciamiento relativo a tener por formulada por la Administración demandada solicitud de modificación de la medida cautelar adoptada en la pieza separada, el cual se deja sin efecto, al no haberse formulado dicha solicitud por el Instituto Catalán de Salud. Ambas resoluciones fueron impugnadas en casación por la Administración demandada.

d) Por providencia de 14 de enero de 2013 el órgano judicial abrió el trámite de alegaciones del art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), a fin de que las partes y el Ministerio Fiscal pudieran efectuar alegaciones sobre la posible vulneración del bloque constitucional por la disposición transitoria novena de la Ley 5/2012, teniendo en cuenta su falta de coincidencia con el art. 26.2 de la Ley 55/2003, que tiene carácter básico. Además, entendió necesario conceder la misma audiencia de diez días al Abogado del Estado, a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Generalitat de Cataluña, aunque no fueran partes en este proceso, dado que se podría estar en presencia de una eventual vulneración de la normativa básica estatal. Como títulos competenciales eventualmente vulnerados citó los recogidos en las reglas 13, 16, 17 y 18 del art. 149.1 CE, teniendo en cuenta la incidencia de la planificación de la jubilación que afecta tanto a la planificación general de la actividad económica como a la caja única de la Seguridad Social y que el desarrollo normativo de las leyes básicas ha de ser acorde con las mismas.

La parte actora solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y en el mismo sentido se pronunciaron el Ministerio Fiscal y el Letrado de la Seguridad Social. Por el contrario, el Instituto Catalán de la Salud, el Abogado del Estado y la Generalitat de Cataluña se opusieron al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

e) El órgano judicial dictó Auto de 26 de febrero de 2012 por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, “por entender que no respeta la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, en concreto el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud”.

3. En cuanto al contenido del Auto de promoción importa destacar lo siguiente:

Tras exponer los hechos de los que trae causa la presente cuestión el órgano judicial formula el juicio de relevancia señalando que el debate trabado tiene su razón de ser en el incidente de modificación de medidas cautelares promovido por el Instituto Catalán de Salud. Respecto a la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en este momento procesal el Auto alude a la doctrina del ATC 467/2007 que entiende aquí de aplicación. Señala que, en este caso, concurre la circunstancia de que la norma cuestionada afecte al caso, ya que, por un lado, la decisión del Instituto Catalán de la Salud, revocando la inicial medida cautelar, se acordó en cumplimiento de lo dispuesto en la norma que se cuestiona y, por otro, la resolución del incidente de modificación de medidas cautelares planteado por el Instituto Catalán de Salud, se basa en la aplicación de la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, en cuanto que se trata de una norma imperativa y de obligado cumplimiento para todas las autorizaciones ya concedidas.

Seguidamente se descarta la alegación del Instituto Catalán de Salud de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, para excluir la naturaleza de convalidación legislativa contraria al derecho a la ejecución de las Sentencias (aquí a una medida cautelar firme) de la norma autonómica, pues el órgano judicial entiende que la entrada en vigor de la Ley autonómica no era suficiente para entender por agotada la finalidad de la medida cautelar adoptada con la reincorporación del recurrente, pues las medidas cautelares tienen como característica esencial su permanencia en el tiempo hasta que se dicte la Sentencia, mientras perduren las circunstancias fácticas que motivaron la tutela cautelar. Ahora bien, una vez que el Instituto Catalán de la Salud planteó el incidente de modificación de la medida cautelar acordada debido a la entrada en vigor de la Ley 5/2012, se ha trasladado a este Tribunal la problemática de la aplicación de la nueva normativa a la medida acordada en su día. En efecto, los términos en que viene redactada la norma, en cuanto a dejar sin efecto las autorizaciones de prolongación en el servicio activo concedidas con anterioridad, permiten llegar a la interpretación de que la norma es imperativa y de obligado cumplimiento a partir de su entrada en vigora todas las autorizaciones ya concedidas o que se puedan conceder, tanto por la Administración como por los Tribunales, aunque con ello no se modifique, obviamente, el régimen legal de las medidas cautelares procesales.

También se descarta la alegación del Instituto Catalán de Salud sobre el indeseable efecto de paralización de otros procesos que podría provocar la admisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues la doctrina citada por la demandada se refiere a los casos en los que el Tribunal Constitucional estima que una cuestión de inconstitucionalidad es manifiestamente infundada.

En cuanto a la duda de constitucionalidad, la Sala entiende, al igual que las partes, que el título competencial prevalente en esta materia es el art. 149.1.18 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, pues, aunque se trate de una norma con proyección en la planificación de la actividad económica, en la caja única de la Seguridad Social y en el ámbito de la Administración sanitaria, es incuestionable que, con mayor relevancia, repercute en el ámbito del personal estatutario, personal que, conforme con la doctrina del Tribunal Supremo que cita, ha de entenderse equiparado a los funcionarios públicos. Transcribe el Auto a continuación los preceptos legales que han entrado en conflicto, el art. 26.2 de la Ley 55/2003 y la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, precepto éste último con el que guarda directa relación la disposición adicional decimotercera de la misma ley, en cuanto que se refiere a la jubilación forzosa del personal del Instituto Catalán de la Salud.

El Auto de planteamiento menciona a continuación la doctrina del Tribunal Supremo según la cual el personal estatutario, al igual que ocurre con el resto de los funcionarios públicos, no tiene un derecho incondicionado a prolongar voluntariamente el servicio activo tras alcanzar la edad ordinaria de jubilación forzosa (65 años). Para que tal prolongación (hasta los 70 años como máximo) se produzca es necesario, además de la capacidad funcional para el desempeño del cargo o plaza y la previa solicitud, que la misma sea autorizada por el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas “en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”. Señala también el Auto, aludiendo a la doctrina del Tribunal Supremo, que estamos ante un derecho subjetivo del funcionario pero que no le es reconocido de manera absoluta sino condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio, recayendo sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas.

El Auto se refiere seguidamente a las competencias autonómicas en la materia, reconocidas en el art. 136 a) y b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que han de interpretarse de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 82, así como a la doctrina de la STC 172/1996, de 31 de octubre, para indicar que la duda de constitucionalidad que plantea no se refiere a la falta de concordancia literal de las normas estatales y autonómicas, sino a la razón de fondo por la cual el órgano judicial entiende que la norma autonómica “pudiera no respetar el sentido y alcance que se desprenden del contexto sistemático y de la finalidad como norma básica”. En ese sentido el órgano judicial indica que una comparación del texto de la Ley 55/2003 y de la disposición transitoria novena evidencia, de entrada, que esta norma autonómica ha eliminado la referencia al plan de ordenación de recursos humanos, instrumento definido en los arts. 13 y concordantes de la Ley 55/2003. Descarta la Sala al respecto que, frente a lo alegado por el Instituto Catalán de la Salud, sea de aplicación lo dispuesto en el art. 67.3 de la Ley del estatuto básico del empleado público por la especificidad, tanto del art. 26.2 de la Ley 55/2003 como del propio personal estatutario y de la regulación de los servicios sanitarios autonómicos, señalando que la clave reside en determinar si la exigencia de que la denegación o autorización de la prolongación del servicio activo se haga “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos” ha sido respetada o no por la normativa autonómica. Comparando la redacción del precepto cuestionado con la del art. 26.2 de la Ley 55/2003 el Auto llega a la conclusión que la norma cuestionada convierte en excepcional lo que en el art. 26.2 es norma general o derecho subjetivo para admitir la prórroga del personal en dos casos, de los que considera relevante el segundo (cuando “el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos”), límite relativo a la planificación de los recursos humanos para lo que hay que valorar todo un conjunto de elementos con el fin de adecuar las dotaciones de personal a las necesidades asistenciales o de prestación del servicio sanitario a la población.

En definitiva, el Auto estima que la Ley 55/2003 exige por razones de legalidad y seguridad jurídica que cualquier organización y racionalización de recursos humanos obedezca a un instrumento, el plan de ordenación de recursos humanos, que no sólo es la herramienta que garantiza una organización racional y eficiente, sino que también justifica, en lo que ahora interesa, la autorización o denegación de la prórroga en el servicio activo de aquel personal que pretenda ejercer este derecho subjetivo reconocido en el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Distinto es el tenor de la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, en tanto que se refiere a una eventual autorización que ha de ser consecuencia de una actividad de planificación y organización de recursos humanos, pero omite la mención a los planes de ordenación de los recursos humanos que son los que establecen las directrices para organizar el servicio público sanitario, omisión que viene confirmada por la aplicación que la Administración ha hecho de la disposición cuestionada. La norma cuestionada se remite a unos conceptos y causas ambiguos e indefinidos, pues no resulta expresivo que sean derivadas de la “planificación y racionalización de recursos humanos” y pueden responder a otros intereses distintos de aquellos que permiten conciliar el derecho subjetivo del funcionario a permanecer en el servicio activo con la necesidad de la organización asistencial, que es la finalidad perseguida por el art. 26.2 de la Ley 55/2003.

Tras referirse a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2010 en la que se descartó expresamente la adopción como doctrina legal del criterio propuesto por el Instituto Catalán de Salud en el sentido de que la existencia del plan de ordenación de los recursos humanos fuera solamente exigible para acordar la prórroga, no para su denegación, señala que el legislador catalán habría elevado a rango de ley la interpretación y doctrina legal que el Instituto Catalán de Salud propugnó ante el Tribunal Supremo. Por otra parte, aún en el caso de que la actividad administrativa que impone la disposición transitoria novena de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 se amparase en la potestad organizativa, constituiría un exceso completamente injustificado en atención a la realidad y presupuesto de la acción jurisdiccional ejercitada, teniendo en cuenta que afecta también a un derecho subjetivo esencial de la relación funcionarial como es la pérdida de la condición de funcionario. En este sentido, el órgano judicial promotor de la cuestión entiende que la norma básica estatal únicamente permite el ejercicio de la actividad discrecional en la elaboración del plan de ordenación de recursos humanos, lo que le lleva a rechazar de forma absoluta que el problema planteado pueda ser resuelto por vía interpretativa, dados los términos y finalidad de la disposición cuestionada que no casan con los términos y la finalidad del art. 26.2 de la Ley 55/2003, y en la medida en que la aplicación de uno de estos preceptos excluye la aplicación del otro.

Concluye el Auto afirmando que la norma cuestionada es aplicable al incidente de modificación de las medidas cautelares, al contener una norma transitoria desde el momento de su entrada en vigor y hasta que transcurra el período de tres años, lo que también afectará a la Sentencia que pueda recaer en el proceso a quo.

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal, de fecha 7 de mayo de 2013, se acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuese notoriamente infundada.

5. El 31 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado interesando la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que carecen manifiestamente de fundamento las dudas suscitadas por el órgano judicial que la ha promovido.

Tras recoger los antecedentes de hecho de la cuestión planteada, el tenor literal del precepto cuestionado y el de la norma estatal que se reputa infringida y hacer referencia al contenido del Auto de planteamiento, el Fiscal General pone de manifiesto la clara conexión de la presente cuestión de inconstitucionalidad con la cuestión núm. 6611-2012, resuelta por este Tribunal por ATC 85/2013, de 23 de abril, y promovida por el mismo órgano judicial respecto de la misma norma autonómica y la misma tacha de inconstitucionalidad.

El Fiscal General comienza examinando las condiciones procesales exigidas por el art. 35.2 LOTC. Entiende que el órgano judicial ha fijado el precepto legal aplicable sobre el que alberga dudas de constitucionalidad, ha argumentado sobre el requisito de aplicabilidad de la norma, ha formulado el correspondiente juicio de relevancia exponiendo los motivos por los que considera que la norma legal podría ser inconstitucional, y ha dado audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. En cuanto al momento procesal del planteamiento de la cuestión, la cual se ha planteado en un momento anterior al de dictar sentencia, con ocasión de la solicitud por el Instituto Catalán de la Salud de la modificación de una medida cautelar adoptada previamente por el órgano judicial, el Fiscal General concluye, tras hacer referencia a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC y a lo declarado por el ATC 85/2013, de 23 de abril, FJ 2 b), que la resolución de la pieza separada de medidas cautelares no es una decisión de mero trámite, sino que afecta al proceso principal y tiene sustantividad propia respecto de éste, por lo que puede aceptarse que el momento procesal elegido por el órgano judicial para el planteamiento de la cuestión es el adecuado.

Señala asimismo que el presente caso constituye un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, debiendo compartirse con el órgano judicial el carácter básico de la norma estatal con la cual, a juicio del mismo, entraría en contradicción la norma autonómica. En este sentido, cita la doctrina constitucional de las SSTC 1/2003 y 31/2010, señalando que el art. 136 b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, al formalizar la competencia autonómica como compartida, presupone la plena virtualidad de la competencia del Estado en la materia (art. 149.1.18 CE). De esta manera, siendo el art. 26.2 de la Ley 55/2003 regulador de la jubilación de los funcionarios públicos, a los que se asimilan el personal estatutario de los servicios de salud, y la posible prolongación en el servicio activo de los mismos, con el carácter de norma básica es al Estado al que corresponde normar la materia, debiendo el legislador autonómico respetar las bases establecidas por la norma estatal sobre jubilación y prolongación del servicio activo. Indica el Ministerio público que el ATC 85/2013, de 23 de abril, señaló que la duda planteada por el órgano judicial tiene carácter netamente competencial (FJ 3), y afirmó la competencia del Estado para las reglas básicas sobre la materia, sin perjuicio de la competencia compartida de la Comunidad Autónoma de Cataluña (FJ 4) así como el carácter básico, en el doble sentido material y formal, de la norma estatal (FJ 5).

A juicio del Fiscal General del Estado, ambas normativas —la estatal y la autonómica—recogen la posibilidad de prolongación de permanencia en el servicio activo de aquel que, cumpliendo una serie de requisitos, le sea autorizada por el servicio de salud correspondiente en el marco de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. En ambos casos se exige una resolución administrativa que acuerde la denegación o la autorización motivada en relación con lo dispuesto en el mencionado plan. La finalidad de la prolongación en el servicio activo responde así a las necesidades de personal derivadas de la organización y adecuada prestación del servicio público de salud. De todo ello concluye que el sistema de prolongación en el servicio activo por el personal estatutario de los servicios de salud es regulado de manera semejante, si no igual, tanto por la norma legal estatal como la autonómica. Lo que es exigible a la Administración al resolver sobre una solicitud de permanencia en el servicio activo es que la resolución que se dicte autorizando o denegando dicha prolongación se funde en las necesidades organizativas relativas a los recursos humanos que puedan estar o no recogidas en un plan de recursos humanos y lo haga de una manera motivada.

El Fiscal General del Estado señala que la Sala proponente de la cuestión considera que la Ley autonómica habilita a dictar una resolución sobre la solicitud de permanencia en el servicio activo sin necesidad de motivar la denegación y por causas o motivos ajenos a la planificación de las necesidades organizativas en materia de recursos humanos que previamente hayan sido establecidas en un plan de ordenación de recursos humanos. Frente a ello, el Fiscal General considera que, de acogerse la interpretación sugerida por la Sala proponente, ante la ausencia de planes de ordenación de recursos humanos no cabría tramitar solicitud alguna de prolongación de permanencia en el servicio activo de personal estatutario, pues el plan de ordenación sería el instrumento necesario para justificar tanto la autorización como la denegación, lo que conduciría al absurdo pues se traduciría siempre en la jubilación de sus componentes por cumplimiento de los 65 años.

Si bien señala que la promulgación de la Ley 5/2012 no hace inviable la pervivencia de la medida cautelar adoptada por el órgano judicial puesto que la disposición transitoria novena de dicha Ley no impide al órgano judicial mantener la medida cautelar si considera que se dan los presupuestos necesarios a tal efecto (fumus y periculum in mora), el Fiscal General del Estado recuerda que el ATC 85/2013 ya concluyó que el juicio de aplicabilidad y relevancia había de entenderse adecuadamente formulado, ya que era la norma cuestionada la que había dado lugar a la petición de la medida cautelar inicialmente acordada por variación de las circunstancias al amparo del art. 132.1 de la Ley 29/1998.

Alude el Fiscal General del Estado a los motivos que llevaron al Parlamento de Cataluña a aprobar la Ley 5/2012, de los que destaca los relacionados con la rebaja y contención del gasto público, de conformidad con los compromisos asumidos por el Estado en el marco de la Unión Europea. Entre dichas medidas de contención del gasto figura la no autorización de prolongaciones al personal funcionario de la Generalitat y la resolución de las ya autorizadas para el personal del Instituto Catalán de la Salud, a salvo de que la prolongación resulte necesaria para causar derecho a la pensión de jubilación o que se considere necesario mantener las autorizaciones por causas derivadas de la planificación y racionalización de recursos humanos. Se trata de un criterio de carácter temporal sobre la planificación de los recursos humanos del servicio de salud catalán, adoptado en el ejercicio de sus legítimas funciones legislativas.

A continuación el Fiscal General del Estado señala que, como declara el ATC 85/2013 (FJ 6), el legislador catalán puede “condicionar la actuación de la Administración sanitaria a la hora de planificar sus recursos humanos, estableciendo criterios normativos que, incorporados a los instrumentos de planificación de los recursos humanos, hayan de regir las decisiones de la administración sanitaria en relación con la permanencia en el servicio activo del personal estatutario que ha superado la edad prevista para jubilación”. Por otra parte, “la mención de la base estatal a los planes de ordenación de los recursos humanos no puede ser entendida en un sentido excluyente de la intermediación del legislador autonómico, el cual, en ejercicio legítimo de sus competencias de desarrollo normativo en relación con el personal estatutario, podrá, como efectivamente ha hecho, condicionar la actuación de la Administración sanitaria a la hora de planificar sus recursos humanos, estableciendo criterios normativos que, incorporados a los instrumentos de planificación de los recursos humanos, hayan de regir las decisiones de la administración sanitaria en relación con la permanencia en el servicio activo del personal estatutario que ha superado la edad prevista para la jubilación” (ATC 85/2013, FJ 6).

Finaliza el Fiscal General del Estado citando un fragmento del fundamento jurídico 7 del ATC 85/2013, en el cual este Tribunal concluyó que, afirmado el carácter básico de la norma estatal, no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en la contradicción con sus mandatos que resulta imprescindible para sostener su inconstitucionalidad. Por ello, solicita que se acuerde la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por carecer manifiestamente de fundamento las dudas suscitadas por el órgano judicial que la ha promovido.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE en relación con lo dispuesto en el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

La disposición transitoria novena (“prolongaciones al personal funcionario de la Administración de la Generalidad y al personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud”), en el inciso cuestionado, establece lo siguiente:

“Asimismo, las prolongaciones ya autorizadas del personal estatutario del Instituto Catalán de la Salud deben resolverse en el plazo de seis meses, salvo que sea necesario para causar derecho a la pensión de jubilación o en caso de que, excepcionalmente, el Consejo de Administración del Instituto Catalán de la Salud considere que es preciso mantener las autorizaciones vigentes por causas derivadas de la planificación y racionalización de los recursos humanos.”

Por su parte, el precepto estatal que el órgano judicial entiende vulnerado, el art. 26.2 de la Ley 55/2003 dispone lo siguiente:

“La jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos.”

Como ha quedado expuesto en los antecedentes el órgano judicial estima que la disposición transitoria novena, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012 no ha respetado la normativa básica dictada por el Estado al amparo del título competencial del art. 149.1.18 CE que, en el caso concreto, sería el art. 26.2 de la Ley 55/2003. Tal vulneración se produciría porque el precepto impugnado omitiría la exigencia de la norma básica estatal de que las resoluciones acerca de la prolongación de la permanencia en el servicio activo del personal de los servicios de salud se adopten en el marco previamente definido por los planes de ordenación de recursos humanos.

El Fiscal General del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por considerarla notoriamente infundada.

2. De acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. En el presente caso, el Fiscal no ha solicitado la inadmisión por defectos procesales, limitándose a instar su inadmisión por encontrarse notoriamente infundada. No obstante, se aprecian en la cuestión de inconstitucionalidad deficiencias procesales que afectan al momento de su planteamiento y al juicio de aplicabilidad y de relevancia.

En cuanto al primer aspecto, el examen de las actuaciones remitidas junto con el Auto de promoción de la cuestión permite constatar que ésta no ha sido planteada en el momento señalado en el art. 35.2 LOTC, que exige que dicho planteamiento se produzca una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, de forma que si la cuestión de inconstitucionalidad se promueve en momento procedimental anterior o posterior al indicado debe producirse, en principio y conforme al art. 37.1 LOTC, su inadmisión por prematura o extemporánea.

Este Tribunal ha efectuado una aplicación flexible de dicho requisito procesal en casos excepcionales, basándose en razones de economía procesal, y con objeto de dar cumplimiento al fin de hacer efectiva la colaboración entre el Juez ordinario y el Tribunal Constitucional que la cuestión de inconstitucionalidad entraña, en la que es prevalente el interés objetivo en la depuración del ordenamiento jurídico de leyes que ofrecen duda de constitucionalidad. En todo caso, esta posibilidad excepcional ha sido constreñida, como regla general, a las leyes procesales, y sólo se ha considerado admisible en el caso de leyes sustantivas cuando la ulterior tramitación del proceso hasta Sentencia no pudiera aportar ningún elemento adicional de juicio sobre la aplicabilidad de la norma legal cuestionada ni sobre su efecto determinante del fallo, ni sobre su legitimidad constitucional, o cuando la propia norma tenga una incidencia anticipada e irreversible en el propio proceso en curso (SSTC 8/1982, de 4 de marzo, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2; y AATC 121/1990, de 13 de marzo, FJ 2; 47/1994, de 8 de febrero, FJ 1; 236/1998, de 10 de noviembre, FFJJ 1 y 2; y 103/2004, de 13 de abril, FJ 2).

En virtud de esa interpretación flexible, se ha entendido, incluso, que cabe promover la cuestión de inconstitucionalidad dentro de incidentes dirigidos a la adopción de medidas cautelares, señalando que las previsiones del art. 35.2 LOTC, cuando se proyectan sobre la tramitación de piezas separadas de la principal, se refieren a la conclusión de éstas y al momento previo a su resolución (ATC 17/2007, de 16 de enero, FJ 2).

Pues bien, en el presente caso, aun aplicando ese criterio hermenéutico flexible, debemos concluir que el órgano judicial promotor de la cuestión no la ha planteado en el momento legalmente previsto, de acuerdo con la indicada doctrina de este Tribunal, sino que la ha promovido una vez concluso el incidente tramitado en relación con las medidas cautelares que podía servirle de sustento. En el Auto de planteamiento se justifica la posibilidad de promover la cuestión en un incidente de medidas cautelares con cita del ATC 467/2007, de 17 de diciembre, afirmando que, en este supuesto, tal posibilidad tiene su razón de ser en que el Instituto Catalán de Salud había formulado un incidente de modificación de medidas (art. 132.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). Sin embargo, en las referidas actuaciones se comprueba que ese dato resulta inexacto, porque, a diferencia del resto de las cuestiones planteadas por el mismo órgano judicial en relación con igual precepto (núms. 6611-2012, 518-2013, 603-2013 y 963-2013), en el procedimiento a quo de la que nos ocupa el Instituto Catalán de Salud no promovió dicho incidente. En efecto, en este caso, tras la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución impugnada por el Auto de 25 de enero de 2012, confirmado en reposición por otro de 23 de febrero de 2012, el Director Gerente del Instituto Catalán de Salud dictó resolución el 24 de abril de 2012, declarando la jubilación forzosa del actor en el procedimiento a quo con efectos de 30 de abril de 2012, amparándose en la entrada en vigor de la disposición transitoria novena de Ley del Parlamento Catalán 5/2012, de 20 de marzo, y dejando sin efecto la medida cautelar adoptada por el órgano judicial que autorizaba la permanencia en el servicio activo del recurrente. El único incidente que se plantea en relación con esa decisión administrativa y, por consiguiente, en relación con la aplicación del precepto cuestionado, es el que promueve el recurrente para obtener la declaración de nulidad de aquélla por contravenir la previa resolución judicial firme. Y dicho incidente es resuelto en sentido estimatorio por Auto de 13 de julio de 2012, que fue recurrido en reposición por el Instituto Catalán de Salud, recurso que fue estimado parcialmente mediante Auto de 8 de noviembre de 2012, precisamente en el pronunciamiento relativo a tener por formulada por la Administración demandada solicitud de modificación de la medida cautelar adoptada en la pieza separada, el cual se deja sin efecto, al no haberse formulado tal solicitud por el Instituto Catalán de Salud.

Quiere ello decir que el órgano judicial ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad una vez que ya había dictado resolución poniendo fin al único incidente que se ha suscitado en el procedimiento contencioso-administrativo, que fue planteado por el actor, y sin que se haya producido la petición de modificación de las medidas por parte del Instituto Catalán de Salud en cuya existencia fundamenta el Auto de 26 de febrero de 2013 el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Por consiguiente, el planteamiento no se ha producido en momento procesal oportuno, según lo exigido por el art. 35.2 LOTC, ya que no ha tenido lugar en el curso de un proceso, sino una vez concluido el mismo.

La anterior deficiencia lleva aparejado también el incumplimiento del requisito relativo a la aplicabilidad y a la relevancia del precepto de cuya constitucionalidad se duda. En efecto, la carencia de un incidente abierto en el que tenga que dilucidarse si su aplicación por la Administración ha sido correcta o no, y en el que, por tanto, la decisión a adoptar dependa de esa norma, determina la quiebra del juicio de aplicabilidad y de relevancia, por asentarse sobre un presupuesto inexistente. Esto es, el órgano promotor de la cuestión no se encuentra en la tesitura de tener que resolver un incidente sobre medidas cautelares en función de una norma de cuya constitucionalidad duda, de manera que se produce la carencia de uno de los requisitos esenciales para que pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad. Por tal razón, lo planteado ante este Tribunal no es un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (por todos, STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 3). Según reiterada doctrina de este Tribunal, no es posible convertir la cuestión de inconstitucionalidad en un juicio de constitucionalidad en abstracto, desligado del proceso a quo, “lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo, ‘pues sin perjuicio de la existencia de un notorio interés público y general en la depuración del Ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer’.” (STC 147/2012, de 5 de julio, FJ 3, con cita de la STC 6/2010, FJ 2).

3. Al margen de lo anterior, la presente cuestión de inconstitucionalidad también resultaría notoriamente infundada, como ha advertido en sus alegaciones el Fiscal General del Estado, señalando que guarda clara conexión con alguna otra cuestión de inconstitucionalidad, ya inadmitida. En concreto, se encuentra relacionada con las cuestiones de inconstitucionalidad tramitadas con los números 6611-2012, 518-2013, 603-2013 y 963-2013, promovidas también por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con el mismo precepto que es objeto de la presente cuestión, y resueltas, respectivamente, por el ATC 85/2013, de 23 de abril, y por los AATC 125/2013, 127/2013 y 128/2013, los tres de 21 de mayo. En consecuencia, puesto que en este proceso constitucional se plantea la misma controversia competencial, debemos remitirnos al ATC 85/2013, de 23 de abril, cuyas apreciaciones y conclusiones resumimos a continuación:

a) Partiendo de nuestra doctrina según la cual, en principio, es el órgano judicial el que, en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE), ha de interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción de forma que es él quien ha de formular el pertinente juicio de aplicabilidad de la norma cuestionada a los hechos enjuiciados, el juicio de aplicabilidad y relevancia ha de entenderse adecuadamente formulado en este caso. En efecto, el incidente de modificación de las medidas cautelares no puede resolverse sin antes despejar la duda de constitucionalidad planteada sobre la disposición legal, ya que, como ha quedado expuesto en los antecedentes, es la norma cuestionada la que ha dado lugar a la petición de modificación de la medida cautelar inicialmente acordada por variación de las circunstancias al amparo del art. 132.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) El carácter funcionarial del personal sanitario determina el encuadramiento competencial de las cuestiones relativas a su jubilación en el ámbito material “estatuto de los funcionarios públicos”, en cuanto que la jubilación es una de las causas de pérdida de la condición de personal estatutario [art. 21 e) de la Ley 55/2003]. A tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, también de sus aspectos relativos a la jubilación, mientras que a Cataluña, le corresponde, en virtud del actual art. 136 b) de su Estatuto de Autonomía, la competencia compartida para el desarrollo de algunos aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos (empleo público; adquisición y pérdida de la condición de funcionario; situaciones administrativas; derechos, deberes e incompatibilidades), atribución que ha de entenderse con el sentido y alcance expresado en la STC 31/2010, de 28 de septiembre, FJ 82, del que resulta que la formalización de la competencia autonómica como compartida presupone la plena virtualidad de la competencia normativa básica del Estado en la materia (FJ 4).

c) Así encuadrada la cuestión, debemos afirmar que la norma estatal que el órgano judicial entiende vulnerada es básica desde la perspectiva formal, pues con tal carácter se proclama en la disposición final primera de la Ley 55/2003 y lo mismo sucede desde la perspectiva material, ya que la normación relativa a la pérdida de la condición de funcionario, en este caso, mediante la jubilación, se incluye con naturalidad dentro de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, que han de ser establecidas por el Estado, conforme al art. 149.1.18 CE (FJ 5).

d) La prolongación en el servicio activo prevista en el art. 26.2, segundo inciso, no opera de forma automática, sino que exige una autorización del servicio de salud “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”. Es decir, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que tales razones se expliciten en la resolución autorizatoria. De este modo, la finalidad de la prolongación de la permanencia en el servicio activo responde a las necesidades de personal derivadas de la organización y de la adecuada prestación del servicio público sanitario a la población (FJ 5).

e) La disposición adicional decimotercera de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2012, intitulada “jubilación forzosa del personal del Instituto Catalán de la Salud”, en el mismo sentido que expresa la base estatal, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que dichas razones encuentren su fundamento en el plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (FJ 5).

f) Los elementos que integran la base estatal del segundo párrafo del art. 26.2 de la Ley 55/2003 no se ven contradichos por la regulación autonómica, que perfila así un elemento que estaba ya incluido en la norma estatal, el interés en cesar la relación estatutaria a partir de una determinada edad del personal. El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 establece un criterio para determinar o decidir el contenido de la concreta resolución que debe adoptarse, pero eso no significa que ese criterio sea el único y excluyente, ni que el mismo no pueda ser modulado por el legislador autonómico competente por razón de la materia. La base estatal establece una regla con vocación de aplicación uniforme en todo el territorio nacional, siempre dejando un margen de actuación a las Administraciones competentes para adecuar tal aplicación a las necesidades existentes, cohonestando la finalidad del servicio público de salud y su carácter esencial para la población, con las necesidades organizativas (FJ 5).

g) En la no cuestionada disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2012 el legislador catalán, en el ejercicio de sus competencias de desarrollo normativo en el ámbito de la función pública y más específicamente en relación con el personal estatutario del servicio autonómico de salud, está precisando, mediante la exigencia de una resolución expresa motivada en las causas previstas en el plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud, los dos supuestos que, a estos efectos, habrán de tenerse en cuenta para acordar la prolongación en el servicio activo, de suerte que ésta únicamente será posible por concretas necesidades asistenciales en el territorio o en atención al prestigio profesional del solicitante. Es decir, en el mismo sentido que expresa la base estatal, requiere de la existencia de razones de interés general de carácter organizativo y asistencial que aconsejen seguir contando con determinado personal y que dichas razones encuentren su fundamento en el plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud (FJ 5).

4. En suma, es posible concluir que, afirmado el carácter básico de la normativa estatal, no se aprecia que la normativa autonómica cuestionada incurra en contradicción con sus mandatos, pues ambas normas son así susceptibles de ser interpretadas e integradas armónicamente. Por ello, falta aquí la real y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica de la que, en los términos expuestos en el Auto de planteamiento, se derivaría la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, lo que priva del necesario fundamento a la presente cuestión y determina que deba ser inadmitida a trámite también por este motivo.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a nueve de julio de dos mil trece.