|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 39/2019 |
| Fecha | de 21 de mayo de 2019 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 838-2019 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 838-2019 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 8 de febrero de 2019 tuvo entrada en este Tribunal oficio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Barcelona acompañando testimonio del procedimiento ordinario núm. 24-2018 y del auto dictado en su seno en fecha 15 de enero de 2019, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 9.1 in fine de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE.

2. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tiene origen en los siguientes antecedentes:

a) El 16 de enero de 2018 Gas Natural Servicios SDG, S.A., y Gas Natural Sur SDG, S.A., interpusieron recurso contencioso-administrativo “contra el Ayuntamiento de Barcelona por no haber dado respuesta a la solicitud presentada el 28 de julio de 2017 consistente en que emitiera los informes previstos en el ‘artículo 9.4’ de la Ley 24/2015, de 29 de julio, destinados a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social”.

En esa solicitud se identificaban 9.106 informes de vulnerabilidad pendientes de emisión en la fecha de su presentación, correspondientes a solicitudes anteriores formuladas por las mercantiles recurrentes al mismo ayuntamiento en los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2017 en cumplimiento de la obligación impuesta a las compañías suministradoras de gas y electricidad en el art. 6.4 de la Ley 24/2015, y se solicitaba a la corporación municipal que emitiese informe de vulnerabilidad “indicando expresamente si se trata de clientes vulnerables o de clientes no vulnerables”.

El escrito de interposición incluía la petición de “medida cautelar consistente en que se condene al Ayuntamiento de Barcelona a la emisión de los informes solicitados”, que, según el escrito, podía adoptarse “sin necesidad de entrar a juzgar o prejuzgar el fondo del presente recurso” por “no existir ningún interés público que sirva para justificar el hecho de que la administración no dé respuesta al 98 por 100 de los informes de exclusión residencial que se le solicitan y que la ley obliga a emitir en el plazo de quince días desde que le son solicitados”. Y también incluía la solicitud de “planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 9.4 de la Ley 24/2015” por ser contrario a la regulación del silencio administrativo del art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

b) Por decreto del letrado de la administración de justicia de 28 de febrero de 2018 se admitió a trámite el recurso contencioso-administrativo y se recabó de la administración el expediente administrativo, y por auto de 23 de marzo de 2018 se denegó la medida cautelar solicitada, con el siguiente razonamiento:

“Pues bien, a la vista de la solicitud de adopción de medida cautelar formulada por las recurrentes y conforme a cuanto antecede, debe señalarse, en primer lugar, que la parte actora pretende, por la cautelar, obtener una decisión en cuanto a la cuestión de fondo o, sí se prefiere, de accederse a la adopción de la medida cautelar peticionada por la actora se estaría anticipando la solución al conflicto planteado entre las partes en vía cautelar y no, como procesalmente corresponde, en sentencia.

Por otro lado, pese a las alegaciones que efectúa la actora, la realidad es que no justifica, ni acredita qué daños y perjuicios de difícil o imposible reparación se le irrogan de no adoptarse la medida cautelar interesada por lo que la misma, al margen de lo anteriormente expuesto, debe denegarse. Frente al interés particular de la recurrente en conocer si los clientes que han incurrido en impago de las facturas emitidas por las demandantes se encuentran o no en situación de exclusión residencial prevalece, en este caso concreto, el interés público en liza que se concreta en lo dispuesto en el artículo 98.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, así como, el interés de terceros —usuarios del servicio y sus unidades familiares— que, ante la falta de informe municipal emitido en plazo y conforme determina el artículo 9.4 de la ley 24/2015, de 29 de julio, se entiende que se encuentran en situación de riesgo de exclusión residencial”.

c) El 26 de abril de 2018 la representación de los recurrentes presentó escrito de demanda en el que solicitó que se “condene al Ayuntamiento de Barcelona a la emisión de los informes solicitados […] indicando expresamente en cada uno de ellos si se trata de clientes sí vulnerables o clientes no vulnerables, y absteniéndose de emitir informes en los que se indique que ‘no es por acreditar’ la situación de los clientes”.

Según el escrito de demanda, la práctica del ayuntamiento de facilitar una de dos respuestas, o que el cliente es vulnerable o que su situación “no se puede acreditar”, es contraria a los arts. “9.4” y 5.10 de la Ley 24/2015, al art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (principios de eficacia y coordinación de las administraciones públicas) y a los arts. 20, 53.1 d) y 71 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Básicamente, argumenta que la condición de vulnerabilidad es objetiva, según el art. 5.10 de la Ley 24/2015, dependiente del nivel de ingresos y número de miembros de la unidad familiar, y que la información requerida para resolver sobre su concurrencia se encuentra ya en poder de la administración, o ésta puede acceder a ella de conformidad con la disposición adicional novena de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, y, por consiguiente, la respuesta del ayuntamiento de que “no se puede acreditar la situación del cliente” “no da cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 9.4 de la Ley 24/2015, pues ese precepto exige que los informes de los servicios sociales municipales determinen si la unidad familiar se halla o no en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial establecidas por el citado precepto”.

d) El 13 de junio de 2018 el Ayuntamiento de Barcelona presentó contestación a la demanda, solicitando la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto. Argumenta, en primer lugar, que los recurrentes no han agotado la vía administrativa previa, puesto que los servicios sociales del Ayuntamiento de Barcelona se prestan por el Instituto municipal de servicios sociales, que es un organismo autónomo local con personalidad propia cuyos actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas deben ser recurridos en alzada ante la Alcaldía del Ayuntamiento, de acuerdo con el art. 29 de sus Estatutos, publicados en el boletín oficial de la provincia. Y en cuanto al fondo, sostiene que los servicios sociales municipales no tienen la documentación sobre los ingresos de los vecinos del municipio necesaria para resolver sobre su situación de riesgo de exclusión residencial, de acuerdo con el art. 5.10 de la Ley 24/2015; solamente tienen acceso a la documentación de las personas que se convierten en usuarios de los servicios sociales y autorizan el acceso a sus datos personales, no a la de los demás, y por consiguiente la respuesta que facilitan de que “no se puede acreditar” la situación de quienes no son sus usuarios es conforme al art. 9.4 de la Ley 24/2015.

e) La parte actora presentó conclusiones escritas en fecha 29 de junio de 2018. En ellas, sin perjuicio de reiterar sus pretensiones, salió al paso de la petición de inadmisibilidad efectuada en la contestación a la demanda por falta de agotamiento y alegó que sus solicitudes se habían dirigido a la dirección de correo electrónico facilitada por el propio ayuntamiento (IMSS-pobresaenergetica@bcn.cat) y que si el destinatario no se consideraba competente debió haber remitido aquellas solicitudes al órgano o entidad competente de acuerdo con los arts. 3 y 14 de la Ley 39/2015.

f) La parte demandada presentó sus conclusiones escritas el 5 de septiembre de 2018, tras lo cual, por diligencia de ordenación de 6 de septiembre de 2018, se declararon los autos conclusos para sentencia.

g) Por providencia de 7 de diciembre de 2018 el órgano judicial acordó, en aplicación del art. 35.2 LOTC, dar audiencia a las partes y al ministerio fiscal por plazo de diez días sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad “en relación al artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015”, por posible vulneración de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, en relación con los arts. 24.2 y 80.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

La providencia explica la duda de constitucionalidad en los siguientes términos:

“La duda de constitucionalidad se concreta en que el artículo 9.1 in fine de la ley 24/2015, de 29 julio, utiliza la figura del silencio administrativo para determinar el contenido que tendrá el informe que deben emitir los servicios sociales de la Administración para el supuesto de que los mismos no emitan el mencionado informe en el plazo de 15 días otorgado al efecto al señalar que, en caso de incumplimiento del plazo, ‘se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial’ y ello, a juicio de esta proveyente, podría contravenir la regulación del silencio administrativo contenida en la normativa estatal que regula el procedimiento administrativo (art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). La aplicación de la figura del silencio administrativo, en el caso concreto que nos ocupa, no cumpliría con la finalidad propia del silencio negativo cual sería la de permitir que el interesado entendiera desestimada su solicitud y pudiera acudir a la vía judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos si lo estimase oportuno ni, asimismo, cumpliría la finalidad propia del silencio positivo cual sería la de permitir al interesado entender que se ha adoptado un acto administrativo que le resulta favorable con la garantía legal de que en caso de acto expreso, éste vendrá predeterminado a la confirmación del acto obtenido por silencio administrativo.

Por otro lado, la previsión contenida en el artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015, de 29 julio, podría contravenir, igualmente, lo dispuesto en el artículo 80.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en la medida en que introduce consecuencias distintas a las previstas en el artículo 80.3 de la LPA”.

h) El fiscal presentó sus alegaciones el 2 de enero de 2019, considerando que la providencia cumple con los requisitos exigibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y que el art. 9.1 es aplicable al caso y relevante para la resolución del recurso, no oponiéndose, en consecuencia, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

i) La letrada del Ayuntamiento de Barcelona presentó alegaciones oponiéndose al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Parte de que la providencia “se refiere al artículo 9.4 in fine de la Ley 24/2015” y considera que lo establecido en ese precepto no tiene la naturaleza de silencio positivo o negativo, y que por tanto no puede entrar en colisión con el art. 24 de la Ley de procedimiento administrativo común. En el caso de los arts. 6 y 9 de la Ley 24/2015 no hay ninguna solicitud de las compañías suministradoras que deba ser resuelta, sino que los artículos se refieren a un “acto de trámite”. Tampoco considera que el precepto cuestionado vulnere el art. 80.3 de la Ley de procedimiento administrativo común, puesto que la suspensión prevista en ese precepto es potestativa (“se podrá suspender” el procedimiento, dice el art. 80.3) y la “presunción legal de existencia de exclusión residencial” del precepto controvertido, además de ser una técnica conocida y utilizada en otras leyes estatales, como la Ley de aguas (art. 25.4 de su texto refundido), tiene su fundamento en el derecho a una vivienda digna del art. 47 CE.

j) El escrito de alegaciones de los recurrentes se remitió a los razonado en el otrosí séptimo del escrito de interposición sobre la necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con “el apartado 4 del art. 9 de la Ley 24/2015” y a solicitar, en consecuencia, el planteamiento de la cuestión en relación con ese “apartado 4”.

3. El órgano judicial acordó mediante auto de 15 de enero de 2015 plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el “art. 9.1 in fine” de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE.

El auto de planteamiento, tras transcribir los arts. 35 LOTC y 149.1.18 CE, razona que “la determinación de la constitucionalidad del artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015, de 29 julio, […] resulta de relevancia para la resolución de [este] procedimiento […] por cuanto de resultar declarado dicho precepto inconstitucional no podría presumirse, ni tan siquiera temporalmente, si un cliente se encuentra o no en situación de riesgo de exclusión residencial con base a la ficción jurídica del silencio administrativo, sino que únicamente tendrían la consideración de vulnerables aquellos clientes en relación a los cuales los servicios sociales municipales emitieran informe de exclusión residencial en el plazo legalmente otorgado al efecto (quince días desde la solicitud)”.

Transcribe a continuación los arts. 9.1 de la Ley 24/2015 y 24 de la Ley 39/2015, de carácter básico según su disposición final primera, y prosigue: “el artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015, de 29 de julio, obliga a los servicios sociales a emitir informe sobre la situación de exclusión residencial de los usuarios de los suministros básicos de agua, electricidad y gas, previa solicitud oportuna por parte de las compañías suministradoras, en el plazo máximo de quince días y, a continuación, señala que si ‘transcurre dicho plazo y no se ha emitido el informe, se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial’”.

Dicho precepto utiliza así, según el auto, “la figura del silencio administrativo para determinar el contenido que tendrá el informe que deben emitir los servicios sociales de la administración para el supuesto de que los mismos no emitan el mencionado informe en el plazo de quince días otorgado al efecto”, y ello, según el auto, “contraviene la regulación del silencio administrativo contenida en la normativa estatal que regula el procedimiento administrativo (art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) habida cuenta que, de un lado, nos hallamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte —en este caso, las compañías suministradoras— que no tiene interés alguno en que se atribuya al silencio administrativo el efecto previsto en la norma”, y además, “impediría que la administración adoptase una resolución expresa distinta que no sea la confirmación del acto presunto obtenido por silencio o, si se prefiere, que no sea la confirmación de la situación de exclusión residencial con las consecuencias que de ello se derivan tanto para las compañías suministradoras como para el erario público”.

Esta “aplicación de la figura del silencio administrativo […] no cumple con la finalidad propia del silencio negativo cual es la de permitir que el interesado entienda desestimada su solicitud y pueda acudir a la vía judicial para la defensa de sus derechos e intereses legítimos si lo estima oportuno ni, asimismo, cumple la finalidad propia del silencio positivo cual es la de permitir al interesado entender que se ha adoptado un acto administrativo que le resulta favorable con la garantía legal de que, en caso de acto expreso, este vendrá predeterminado a la confirmación del acto obtenido por silencio administrativo.

Por otro lado la previsión contenida en el artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015, de 29 julio, podría contravenir, igualmente lo dispuesto en el artículo 80.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Así, conforme al artículo 80.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, las consecuencias que se derivan de la no emisión de informes, preceptivos o no, en el plazo normativamente [establecido] al efecto no son otras que el que pueda exigirse la responsabilidad del funcionario responsable de la demora y la prosecución del procedimiento administrativo que corresponda mientras que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 in fine de la Ley 24/2015, de 29 julio, a dichas consecuencias en se le añade otra cual es la predeterminación del contenido del informe en el sentido de considerar que la unidad familiar se encuentra en situación de exclusión residencial”.

4. Por providencia de 26 de marzo de 2019, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír a la fiscal general del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerase conveniente en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 LOTC).

5. La fiscal general del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 26 de abril de 2019, en el que interesa la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por el incumplimiento de los requisitos procesales exigidos para su planteamiento.

Tras exponer con detalle los antecedentes de la cuestión y la doctrina constitucional de aplicación, considera que concurren los dos siguientes defectos procesales:

a) En primer lugar, pone de relieve que el órgano judicial ya había anticipado la aplicación del inciso cuestionado al resolver sobre las medidas cautelares interesadas por la parte actora en el auto de 23 de marzo de 2018, en el que justificó la denegación de la tutela cautelar solicitada precisamente en el texto del precepto que ahora cuestiona. En el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, los recurrentes solicitaron que se ordenara cautelarmente al ayuntamiento la emisión de los informes de vulnerabilidad previamente interesados en vía administrativa, y el órgano judicial, en el auto citado, denegó la medida cautelar razonando que debía prevalecer el interés público concretado en el art. 98.1 de la Ley 39/2015 (ejecutividad) y el interés de los usuarios del servicio “que ante la falta de informe municipal emitido en plazo y conforme determina el art. 9.4 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, se entiende que se encuentran en situación de riesgo de exclusión residencial” (el énfasis es del original). Sin embargo, en el posterior auto de planteamiento el órgano judicial sostuvo que “de resultar declarado dicho precepto inconstitucional no podría presumirse ni siquiera temporalmente si un cliente se encuentra o no en situación de exclusión residencial con base en la ficción jurídica del silencio administrativo” (énfasis también del original). De este modo, al haber aplicado ya el órgano judicial el inciso cuestionado, habría privado de todo efecto práctico a la cuestión de inconstitucionalidad suscitada de conformidad con la doctrina de este Tribunal (cita los AATC 5/2014, FJ 3, y 96/2018, FJ único), desvirtuando con ello la naturaleza de control concreto o incidental de este proceso constitucional.

b) Además, pone de manifiesto que el auto de planteamiento no se pronuncia sobre la causa de inadmisibilidad suscitada en la contestación a la demanda y en el escrito de conclusiones, lo que supone un defecto en los juicios de aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, que, a la postre, puede no resultar de aplicación —si esa causa de inadmisibilidad del recurso fuera estimada en sentencia— y, en consecuencia, puede hacer inútil el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del precepto controvertido (cita en este sentido los AATC 14/2018 y 111/2018).

Finalmente, se pronuncia sobre la “discrepancia” que aprecia entre las alegaciones de las partes (en el escrito de interposición, demanda, conclusiones y alegaciones previas al planteamiento de la cuestión), que se refieren siempre al “artículo 9.4 in fine”, y la providencia y auto de planteamiento, que se refieren al “artículo 9.1 in fine”, a la postre cuestionado. Pero no lo considera relevante puesto que ambos incisos son idénticos (los dos dicen que “Si transcurre dicho plazo y no se ha emitido el informe, se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial”), y le parece, por ello, que “el auto de planteamiento se está refiriendo en realidad al art. 9.4” y que esa “discrepancia” no ha impedido a las partes identificar el precepto cuestionado, que es a su juicio el art. 9.4, ni el problema constitucional planteado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso final del art. 9.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, por posible vulneración del art. 149.1.18 CE.

El citado art. 9.1 dispone (se destaca en cursiva el inciso cuestionado):

“La solicitud de un informe a los servicios sociales para determinar si una unidad familiar se encuentra en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial a las que se refiere el artículo 5.10 obliga a la Administración a emitir el informe en un plazo de quince días. Si transcurre dicho plazo y no se ha emitido el informe, se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial”.

En opinión del órgano judicial, el referido inciso pudiera ser contrario a los arts. 24 (régimen del silencio administrativo) y 80.3 (consecuencias derivadas de la no emisión de informes preceptivos) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, en los términos que han quedado detallados en el apartado de los antecedentes.

2. De acuerdo con el artículo 37.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante auto, sin otra audiencia que la del fiscal general del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad “cuando faltaren las condiciones procesales”. Estos requisitos que la Ley Orgánica del Tribunal impone al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad tienen su evidente razón de ser precisamente en la necesidad de asegurar que aquéllas sirven estrictamente a su finalidad, y el control de admisibilidad que este Tribunal ha de ejercer es el medio indispensable para verificar la existencia de esos requisitos.

En sus alegaciones, la fiscal general del Estado considera que concurren dos causas de inadmisibilidad: en primer lugar, considera la cuestión extemporánea porque el juzgado a quo había aplicado ya la norma al resolver el incidente de medidas cautelares; y en segundo lugar, considera defectuosamente formulados los juicios de aplicabilidad y relevancia porque el auto de planteamiento no se pronuncia sobre la causa de inadmisibilidad deducida por la parte demandada que impediría, de ser estimada, un pronunciamiento sobre el fondo y en consecuencia la aplicación del precepto cuestionado.

3. De acuerdo con el art. 35.2 LOTC “[e]l órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese”, precisión esta última introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, “de acuerdo con la doctrina constitucional que tempranamente admitió el planteamiento de la cuestión en el seno de procesos incidentales (STC 76/1982, de 14 de diciembre)” (ATC 127/2012, de 19 de junio, FJ 2). En aplicación del precepto transcrito, este Tribunal ha insistido en la necesidad de plantear la cuestión en el momento procesal oportuno, esto es, “antes de aplicar el órgano promotor los preceptos cuya constitucionalidad cuestiona”, de modo que “cuando no se respeta esta exigencia pierde sentido este singular proceso constitucional dirigido a verificar la compatibilidad de normas legales con la Constitución con carácter prejudicial, esto es, antes de proceder a su aplicación en un caso concreto” y procede su inadmisión por extemporánea (por todos, ATC 198/2016, de 29 de noviembre, FJ 3, con cita de otros) y por inadecuada formulación del juicio de relevancia [ATC 292/2013, de 17 de diciembre, FJ 3 d), también con cita de otros].

Ello significa que son admisibles las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en piezas separadas de la principal, a la conclusión de éstas y al momento previo a su resolución, y en concreto al resolver peticiones de adopción o levantamiento de medidas cautelares. Tal es el criterio sostenido en decisiones anteriores de este Tribunal, y en particular en el antes citado ATC 127/2012 y en los AATC 85/2013, de 23 de abril, FJ 2 b), y 17/2007, de 16 de enero, FJ 2, en los que se afirma que: “A este respecto, debe entenderse que, si bien el art. 35.2 LOTC establece que la cuestión solo podrá plantearse una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, este Tribunal ha sostenido la necesidad de hacer una interpretación flexible de dicho requisito en casos excepcionales, limitados, como regla general, a las leyes procesales, considerándolo admisible también 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; 54/1983, de 21 de junio, FFJJ 2 y 3; 25/1984, de 23 de febrero, FJ 2 c); 19/1988, de 16 de febrero, FJ 1; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 2; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 2 a); 110/1993, de 25 de marzo, FJ 2; o 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 2)]”.

En particular, hemos dicho que debe plantearse la cuestión de inconstitucionalidad antes de adoptar una medida cautelar cuando ese incidente “no puede resolverse sin antes despejar la duda de constitucionalidad planteada sobre la disposición legal” [AATC 125/2013, 127/2013 y 128/2013, todos de 21 de mayo, FJ 2 a), en los que la medida cautelar positiva solicitada se basaba precisamente en la aplicación de la norma cuestionada]. Y, por lo mismo, que las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con posterioridad, después de otorgar medidas cautelares y antes de dictar sentencia, son extemporáneas cuando por el órgano judicial se han dictado medidas cautelares o provisionales que constituyen “una resolución sobre el fondo de la pretensión deducida en el proceso y exterioriza la renuencia a adoptar la suspensión del procedimiento hasta la definitiva resolución de la cuestión por el Tribunal Constitucional” (AATC 8/2014, 6/2014, 5/2014 y 4/2014, todos de 14 de enero, FJ 3; 297/2013, 295/2013, 291/2013, 290/2013 y 289/2013, todos de 17 de diciembre, FJ 3, y 277/2013, de 3 de diciembre, FJ 3). “Lo determinante”, según esa misma jurisprudencia, “es apreciar si, al dictar su resolución, el Tribunal a quo ha venido a dar aplicación a la ley cuestionada, de tal modo que vacía a la cuestión por él suscitada de todo efecto o significado práctico dentro del proceso de origen” (ATC 313/1996, FJ 3, y ATC 42/2004, de 10 de febrero, FJ 2).

Por el contrario, si la resolución del incidente cautelar no ha supuesto aplicación del precepto cuestionado “anticipada e irreversible” que “priva de todo efecto práctico” a la cuestión suscitada, no puede existir óbice al planteamiento posterior de la cuestión respecto al mismo. De otro modo, la regla general del art. 35.2 LOTC se invertiría y en todos los procesos en que se instara la adopción de medidas cautelares —que son la mayoría— este sería el trámite preclusivo para su planteamiento, y no el de la sentencia, como señala con carácter general el citado precepto. No debe olvidarse que este requisito procesal, como en general todos los del art. 35.2 LOTC, debe ser objeto de una interpretación “flexible”, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, a 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” (ATC 155/2013, de 9 de julio, FJ 3).

4. En el presente caso, la resolución por el juzgado a quo de la medida cautelar solicitada, desestimándola, no ha supuesto la aplicación anticipada o irreversible (aunque provisional) del inciso cuestionado, ni ha vaciado de todo efecto práctico a la cuestión suscitada, como exige la jurisprudencia constitucional expuesta.

La parte recurrente solicitaba una medida cautelar positiva “consistente en que se condene al Ayuntamiento de Barcelona a la emisión de los informes solicitados” basada en la expresa obligación establecida en el art. 9.4 invocado por el recurrente, según el cual “[l]a solicitud de un informe… obliga a la administración a emitir el informe en un plazo de quince días”. Y por tanto la desestimación de esa medida cautelar supuso precisamente no aplicar o no dar efectividad a la obligación establecida en el mencionado precepto, insistiendo además el Juzgado en que lo hacía precisamente para no anticipar el juicio de fondo que debía producirse en sentencia, según expone en su fundamentación jurídica transcrita en el antecedente 2 b) de esta resolución. Además, y en todo caso, la medida cautelar se basaba en el primer inciso del precepto, que es el que establece la obligación de emitir el informe, y no en el inciso final cuestionado, que establece las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esa obligación.

En consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad no puede considerarse extemporánea.

5. Por otra parte, los arts. 163 CE y 35 LOTC imponen que la norma con rango de ley objeto de la cuestión de inconstitucionalidad sea “aplicable al caso” y “de cuya validez dependa el fallo”. Y según doctrina reiterada de este Tribunal, es competencia del órgano promotor de la cuestión tanto “determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir” (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1) como exteriorizar el llamado juicio de relevancia, esto es, “el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada” (por todos, ATC 21/2001, de 30 de enero, FJ 1), pues “si bien la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, no es, en modo alguno, condición suficiente” (entre los más recientes, ATC 111/2018, de 16 de octubre, FJ 2).

Sobre ambos juicios, de aplicabilidad y relevancia, ejerce este Tribunal un control “meramente externo” (ATC 159/2016, de 20 de septiembre, FJ 2), lo que significa que debe verificar su concurrencia a fin de que no se haga un uso de la cuestión de inconstitucionalidad “no acomodado a su naturaleza y finalidad propias” (ATC 9/2019, de 12 de febrero, FJ 2, con cita de otros), pero no sustituir al órgano judicial en la determinación de ese nexo causal (STC 41/1990, de 15 de marzo, FJ 2) que es una tarea propiamente jurisdiccional y por tanto reservada a aquél (art. 117.3 CE).

6. La fiscal general del Estado considera en sus alegaciones que el auto de planteamiento no ha dado adecuado cumplimiento a esta exigencia de exteriorizar las razones sobre la aplicabilidad y relevancia del inciso cuestionado, puesto que el Ayuntamiento de Barcelona, parte demandada en el proceso a quo, había planteado en la contestación a la demanda —y reiterado en su escrito de conclusiones— la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad de falta de agotamiento de la vía administrativa [art. 51.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa], y, pese a ello, el auto de planteamiento guarda absoluto silencio al respecto. De este modo, continúa el ministerio público, si la mencionada excepción procesal fuera finalmente estimada no habría lugar a pronunciarse sobre la pretensión deducida en la demanda, y en consecuencia el precepto cuestionado no sería aplicable al caso ni determinante del fallo que haya de dictarse, “con lo que este procedimiento se habría convertido 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” [ATC 14/2018, de 8 de febrero, FJ 4 a)].

Recientemente hemos inadmitido por este motivo una cuestión de inconstitucionalidad en que concurría un defecto idéntico al que aquí se pone de manifiesto: la falta de respuesta del órgano judicial en el auto de planteamiento a una excepción procesal oportunamente deducida en el proceso a quo. Razonamos al efecto lo siguiente: “Ya en la STC 84/2012, FJ 3, exigimos el pronunciamiento del órgano judicial sobre ‘las cuestiones previas de legalidad procesal’ al plantear cuestiones de inconstitucionalidad y rechazamos la validez de ‘justificaciones implícitas’. Asimismo, en el ATC 14/2018, FJ 4 in fine, hemos declarado que debe inadmitirse la cuestión de inconstitucionalidad cuando, invocada por una de las partes, como cuestión previa, la falta de legitimación del recurrente, ‘en el auto de planteamiento se silencia por completo este extremo, que habría sido necesario descartar expresamente, porque si, finalmente, se apreciara en sentencia esa causa de inadmisión, no tendría ningún sentido que este Tribunal se pronunciara acerca de la posible inconstitucionalidad de la reiterada disposición […] que, en definitiva, no resultaría determinante para la resolución del recurso contencioso-administrativo, lo que, de nuevo, nos situaría ante un control puramente abstracto de la norma, impropio de una cuestión’. La conclusión debe ser la misma cuando, cuestionada por la demandada la capacidad procesal del recurrente, por un motivo que, de concurrir, debiera dar lugar a la inadmisión del recurso ex artículo 69 b) LJCA, nada en absoluto razona el órgano judicial al respecto” (ATC 111/2018, de 16 de octubre, FJ 3).

Por identidad de razón, debe concluirse que la presente cuestión de inconstitucionalidad no cumple las condiciones procesales establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, debe ser inadmitida a trámite.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

Madrid, a veintiuno de mayo de dos mil diecinueve.