|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 526/2023 |
| Fecha | de 6 de noviembre de 2023 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso. |
| Núm. de registro | 1019-2023 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1019-2023 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. La formación política Sí se puede concurrió a las elecciones locales convocadas por el Real Decreto 209/2019, de 1 de abril, presentando candidaturas en diez municipios de la provincia de Santa Cruz de Tenerife y en el Cabildo Insular de La Gomera. En cumplimiento de lo previsto en el art. 133.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), dicha formación presentó su contabilidad electoral ante el Tribunal de Cuentas.

2. El Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el 25 de febrero de 2021 el “Informe de fiscalización de las contabilidades electorales de las elecciones locales de 26 de mayo de 2019”. En el apartado III.162, epígrafe “Superación del límite de gastos del proceso”, se puso de manifiesto que la formación “Sí se puede” superó el límite máximo de gastos establecido en el art. 193.2 LOREG en 2305,31 €, lo que supuso un exceso del 6,81 por 100 sobre el límite máximo de gastos (33 850,85 €). Asimismo, excedió el límite de gastos de publicidad exterior (art. 55.3 LOREG) en 672,52 €, lo que supuso un exceso del 9,93 por 100 sobre dicho límite (6770,17 €).

3. Por resolución de 29 de abril de 2021, el Pleno del Tribunal de Cuentas acordó la apertura de un período de información previa a Sí se puede, otorgándole trámite de audiencia para que alegara lo que estimara conveniente sobre la procedencia de iniciar un procedimiento sancionador, en relación con la superación de los límites de los gastos electorales establecidos en los arts. 55.3 y 193.2 LOREG.

La formación Sí se puede formuló alegaciones solicitando al Tribunal de Cuentas que declarara que no había superado dichos límites.

4. El 24 de junio de 2021, el Pleno del Tribunal de Cuentas acordó iniciar un procedimiento sancionador (art. 18 de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos, en adelante Ley Orgánica 8/2007) y tras la instrucción del mismo, por resolución de 29 de noviembre de 2021 impuso a “Sí se puede” dos sanciones por la comisión de dos infracciones graves, ambas previstas en el art. 17.3 b) de la Ley Orgánica 8/2007, en los siguientes términos:

“Primero.— Imponer a la formación política ‘Sí se puede’ una sanción de veinticinco mil euros (25 000 €), cuantía mínima prevista en el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007 para la comisión de infracciones graves, por la infracción prevista en el artículo 17 3 b) de la Ley Orgánica 8/2007, consistente en la superación del límite máximo de gastos establecido en el art. 193.2 LOREG aplicable a la formación política en las referidas elecciones locales (33 850,85 €), en 1632,79 €, lo que ha supuesto un exceso de[l] 4,82 por 100 sobre dicho límite.

Segundo.— Imponer a la formación política ‘Sí se puede’ una sanción de veinticinco mil euros (25 000 €), cuantía mínima prevista en el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007 para la comisión de infracciones graves, por la infracción prevista en el artículo 17.3 b) de la Ley Orgánica 8/2007, consistente en la superación del límite de gastos establecido en el art. 55.3 LOREG aplicable a la formación política en las referidas elecciones locales (6770,17 €), en 672,52 €, lo que ha supuesto un exceso del 9,93 por 100 sobre dicho límite”.

Las sanciones se impusieron en la cuantía mínima prevista en el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007. Frente a la invocación por la formación Sí se puede del principio de proporcionalidad, la resolución sancionadora señaló que este debe ser valorado por el legislador, debiendo el Tribunal de Cuentas aplicar la normativa vigente.

5. La formación “Sí se puede” formuló recurso contencioso administrativo frente a la resolución sancionadora, que fue tramitado con núm. 2-456-2021 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En el escrito de demanda presentado el 16 de marzo de 2022, alegó que: (i) contrariamente a lo afirmado por el Tribunal de Cuentas, la entidad no realizó actos de publicidad exterior que infringieran el art. 55.3 LOREG; (ii) el proceso electoral en que participó era concurrente (municipal e insular), por lo que tenía derecho a aplicar un porcentaje suplementario de gasto (art. 131.2 LOREG), lo que determinaba la inexistencia de infracción; y (iii) que no concurría el requisito de culpabilidad en los términos en que había sido apreciado por el Tribunal de Cuentas. Con carácter subsidiario, solicitaba el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con lo previsto en el art. 17 bis de la Ley Orgánica 8/2007, por entender que la sanción mínima prevista en el art. 17 bis.2 b) era contraria al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el exceso de gasto en que había incurrido era muy modesto en comparación con la cuantía de las sanciones impuestas. Dicha solicitud se reiteró en el trámite de conclusiones.

6. La abogada del Estado presentó su escrito de contestación a la demanda el 21 de abril de 2022. En él consideraba que las sanciones impuestas se ajustaban a la ley, si bien anticipaba su conformidad con la solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la posible desproporción entre la infracción y la sanción. Añadía, que con ello se seguía el criterio resultante del oficio de 20 de abril de 2022 de la presidenta del Tribunal de Cuentas, acompañado con el escrito de contestación a la demanda.

En dicho oficio se indicaba que mediante acuerdo de 27 de julio de 2021, el Pleno del Tribunal de Cuentas había decidido elevar una moción a las Cortes Generales recomendando la modificación de algunos aspectos del régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 8/2007 por entender que concurría una falta de proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Indicaba también que la conveniencia de tal modificación legislativa había sido reiterada por acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de 27 de enero de 2022, igualmente remitido a las Cortes Generales. Por ello, concluía el oficio manifestando su parecer favorable al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto a la desproporción existente entre infracciones y sanciones, derivada del artículo 17 de la Ley Orgánica 8/2007.

7. Evacuado el trámite de conclusiones por la representación procesal de la formación Sí se puede y por la abogada del Estado, se señaló el 22 de noviembre de 2022 para la votación y fallo del recurso contencioso administrativo.

8. Mediante providencia de 22 de noviembre de 2022, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó:

“Dada cuenta; visto el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que solicita la parte recurrente, ‘Sí se puede’, en su escrito de demanda, y la conformidad con dicha solicitud manifestada en el escrito de contestación a la misma por el abogado del Estado, la Sala acuerda oír al Ministerio Fiscal por el plazo de diez días sobre esa solicitud, dándole traslado de los escritos y del acto recurrido”.

9. Con fecha 1 de diciembre de 2022, el fiscal de Sala jefe presentó un escrito en el que, con cita de la doctrina constitucional sobre el trámite de audiencia del art. 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), señalaba diversos defectos en la forma en que se había abierto dicho trámite por providencia de 22 de noviembre de 2022 e interesaba que “en seguimiento de lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC y lo declarado por la doctrina constitucional” se abriera de nuevo el correspondiente trámite de audiencia y se procediera a manifestar las dudas de constitucionalidad, identificando “con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas”.

En concreto, el fiscal manifestó: (i) de la solicitud de la parte actora y por remisión al oficio de la presidenta del Tribunal de Cuentas podían deducirse las dudas de constitucionalidad que tienen las partes, si bien el referido oficio carece de argumentación suficiente; (ii) la providencia de 22 de noviembre de 2022 no satisface los requisitos que marca la doctrina constitucional sobre la identificación con precisión tanto de los preceptos legales de cuya constitucionalidad se albergan dudas como de las normas constitucionales que se consideran vulneradas; (iii) “por vía de hecho” se ha superado el requisito del carácter común y simultáneo y no sucesivo del plazo de diez días para alegaciones; y (iv) el órgano judicial debe concretar en la providencia sus propias dudas, no bastando con remitirse al planteamiento de una de las partes.

En cuanto al fondo, el fiscal se remitió a la Circular 2/1999, de 30 de diciembre, sobre la intervención del fiscal en las cuestiones de inconstitucionalidad en sede judicial (art. 35 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC), según la cual corresponde al fiscal general del Estado emitir el criterio correspondiente, salvo en los casos excepcionales indicados en su Instrucción 2/2012, de 27 de junio, sobre criterios a seguir en la tramitación de las cuestiones de inconstitucionalidad.

10. Mediante auto de 25 de enero de 2023, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el inciso “sin que en ningún caso pueda ser inferior a 25 000 €” del art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007, y suspender las actuaciones hasta que este tribunal se pronunciara sobre su admisión. Del contenido del auto de planteamiento interesa destacar lo siguiente:

a) Las sanciones impuestas a la entidad recurrente se sustentan en dos excesos en los gastos electorales permitidos, tanto respecto del límite máximo general (art. 193.2 LOREG), como del específico para gastos de publicidad exterior (art. 55.3 LOREG). Ambos excesos se tipifican en el art. 17.3 b) de la Ley Orgánica 8/2007, que regula como infracción grave “la superación por los partidos políticos, en más de un tres y en menos de un diez por 100, de los límites de gastos electorales”. Aunque el Tribunal de Cuentas consideró que las circunstancias del caso justificaban imponer las sanciones en su grado mínimo (el doble del exceso), de conformidad con el art. 17 bis.2 b), último inciso, la sanción mínima no podía ser inferior a 25 000 €, por cada una de las dos conductas.

b) La Sala descarta la objeción formulada por el fiscal sobre el trámite de audiencia. Explica, que el asunto se deliberó el día señalado, llegando a la conclusión de que el inciso indicado que era aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo podía ser inconstitucional, según opinión común de ambas partes. Para la Sala, el fiscal ha tenido acceso a las actuaciones y, por tanto, a las razones que ambas partes y la presidenta del Tribunal de Cuentas aducen para entender que la norma puede ser inconstitucional. Además, “el problema constitucional suscitado en este caso es de una claridad meridiana” (razonamiento jurídico quinto).

c) La Sala concreta que el precepto cuestionado es el inciso “sin que en ningún caso pueda ser inferior a 25 000 €” y precisa que en otros apartados del mismo art. 17 bis hay incisos similares, pero no son de aplicación al caso. Aun así, del oficio de la presidenta del Tribunal de Cuentas se desprende que el problema se plantea con relativa frecuencia, de manera que este dista de ser un caso aislado o peculiar.

El precepto constitucional que se estima infringido es el principio de proporcionalidad del art. 25.1 CE. Ciertamente, el legislador democrático goza de un innegable margen de apreciación a la hora de tipificar los delitos y regular las penas correspondientes, pero en varias ocasiones el Tribunal Constitucional ha afirmado que ello encuentra un tope en la necesaria proporción que debe mediar entre la gravedad de la conducta sancionada y la intensidad de la pena. Una respuesta sancionadora excesiva con respecto al desvalor del hecho ilícito supone así, una vulneración del principio de legalidad de los delitos y las penas, consagrado en dicho precepto. Cabe entender que este incluye, si no un mandato positivo de rigurosa proporcionalidad entre delito y pena, sí al menos, una prohibición de manifiesta falta de proporcionalidad. Afirma que el ejemplo más claro de este criterio jurisprudencial se encuentra en la STC 136/1999, de 20 de julio. Cita, asimismo, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que, si bien no resulta aplicable al presente caso, afirma en su art. 49 que “la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

Lo anterior resulta de aplicación, aunque la norma cuestionada no regule una pena propiamente dicha sino una sanción administrativa, ya que también le resulta aplicable el art. 25.1 CE. El principio de proporcionalidad es uno de los pilares de todo el derecho administrativo contemporáneo, tanto a nivel nacional como supranacional. De ahí que una norma legal excesiva carece de justificación objetiva y es, por ello, arbitraria en el sentido del art. 9.3 CE. En el presente caso considera “difícilmente discutible” que exista una manifiesta desproporción, pues la suma de las dos sanciones impuestas asciende a 50 000 €, cifra que es superior al total de lo gastado —con o sin exceso— por la formación política Sí se puede (razonamiento jurídico sexto).

d) El razonamiento jurídico séptimo aborda los juicios de aplicabilidad y relevancia. Comenzando por el primero, afirma que no ofrece ninguna duda que el importe mínimo de las sanciones por exceso de gastos electorales establecido en el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007, es aplicable al caso. La resolución sancionadora afirma que, según el criterio general, las sanciones habrían debido ser el doble de los excesos en que se había incurrido (3265,58 € y 1354,04 €), pero ha de ajustarse al mínimo de 25 000 € establecido por el inciso cuestionado (por cada una de las dos conductas infractoras).

A la aplicabilidad del mínimo solo podría oponerse la alegación de Sí se puede: por tratarse de un proceso electoral concurrente, y no de dos independientes (municipal e insular), el límite de gasto se debe incrementar por aplicación del art. 131.2 LOREG y no se habría excedido.

Sin embargo, la Sala descarta esta interpretación, pues las elecciones municipales y al cabildo insular son procesos electorales distintos, aunque se celebren el mismo día. En apoyo de esto cita el criterio de la Junta Electoral Central sobre las elecciones a las juntas generales de los territorios históricos del País Vasco y la propia regulación de la Ley Orgánica del régimen electoral general, que establece disposiciones especiales para las elecciones a los cabildos canarios (título IV).

Respecto del juicio de relevancia, el auto precisa que la recurrente combate la interpretación del órgano sancionador respecto de la sanción impuesta por excederse del límite específico aplicable al gasto en publicidad exterior. La Sala concluye que, aunque se admitiera la interpretación de Sí se puede y dicho límite específico se hubiera respetado, siempre quedaría la otra sanción de 25 000 €, por incumplir el art. 193.2 LOREG, que solo podría y debería anularse si se declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007.

11. Mediante providencia de 20 de junio de 2023, el Pleno de este tribunal acordó oír al fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días, y a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC).

12. El fiscal general del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este tribunal el 25 de julio de 2023, interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por apreciar defectos procesales en la apertura del trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, así como por no haberse realizado adecuadamente los juicios de aplicabilidad y de relevancia en el auto de planteamiento.

a) Tras exponer los antecedentes del procedimiento y los aspectos más relevantes del razonamiento contenido en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, expone los defectos procesales del trámite de audiencia que, a su juicio, constituyen motivo de inadmisión de la cuestión.

Señala el fiscal general del Estado que la providencia de 22 de noviembre de 2022 no satisface las exigencias procesales del art. 35.2 LOTC, pues se limitó a dar traslado para alegaciones únicamente al Ministerio Fiscal, no identificaba expresamente el precepto legal afectado de posible inconstitucionalidad —art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007—, ni mencionaba el precepto constitucional infringido —art. 25.1 CE, en relación con el principio de proporcionalidad de la sanción—.

Afirma también, que la sustitución del trámite del art. 35.2 LOTC por una mera remisión a las pretensiones precedentemente formuladas y razonadas por las partes quiebra la naturaleza procesal de esa audiencia, puesto que el legislador no lo ha concebido como un trámite sucesivo regido por el principio de contradicción sino como un trámite simultáneo.

Continúa explicando que es conocedor de la doctrina constitucional, en virtud de la cual, la finalidad del trámite de audiencia del art. 35 LOTC se entiende cumplida válidamente si la indeterminación es solo relativa, en la medida en que las partes hayan podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial (STC 185/2014, de 6 de noviembre). Sin embargo, estima que en este caso el Ministerio Fiscal no podía haber identificado sin ningún género de dudas el precepto legal cuestionado.

A juicio del fiscal general del Estado, existe una posible confusión en la selección de la norma sancionadora. Afirma que los excesos de gasto de publicidad electoral y publicidad exterior fueron subsumidos como infracciones graves del art. 17.3 b) de la Ley Orgánica 8/2007, a las que se impusieron las correspondientes sanciones previstas en el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007, que en su redacción literal no remite al art. 17.3 b), sino a la infracción del art. 17.2 b) (que no es una infracción grave, sino una muy grave). Los patentes defectos de técnica legislativa ponen de manifiesto la falta de precisión y correspondencia entre las infracciones, su calificación o naturaleza y las sanciones previstas para dichas infracciones, que como mínimo da lugar a una duda fundada acerca de la aplicabilidad de la norma sobre la que ni el Tribunal Supremo ni la parte recurrente ni la abogada del Estado ni la resolución sancionadora del Tribunal de Cuentas ofrecían explicación alguna. Entiende por ello que existía una incertidumbre acerca de la norma legal aplicable al caso y sobre cuya constitucionalidad albergaba dudas el Tribunal Supremo.

Concluye señalando que los déficits del trámite de audiencia denunciados realmente impidieron a las partes y al Ministerio Fiscal valorar el verdadero contenido y alcance de la cuestión de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el trámite de audiencia no fue adecuadamente planteado.

b) En relación con los juicios de aplicabilidad y relevancia sostiene el fiscal general del Estado que las insuficiencias apuntadas en relación con la articulación del trámite de audiencia redundan insoslayablemente sobre los mismos:

(i) Respecto del juicio de aplicabilidad, reitera la previa argumentación efectuada al cuestionar la tramitación del incidente previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Afirma que el Tribunal de Cuentas subsumió la conducta de la recurrente en el art. 17.3 b) de la Ley Orgánica 8/2007 y la sancionó conforme al art. 17 bis.2 b) de la citada ley, y que el Tribunal Supremo consideró, sin discutirlo, que este precepto era aplicable. Sin embargo, a juicio del Ministerio Fiscal, por las razones antes expuestas, el precepto por el que se sancionan las infracciones no era aplicable a las mismas. En la medida en que el auto cuestiona la constitucionalidad de un precepto no indiscutiblemente aplicable al caso concreto, sin justificar —frente a la razonable duda que surge del propio texto de la ley— dicha aplicación, no se habría realizado correctamente el juicio de aplicabilidad.

(ii) En relación con el juicio de relevancia, afirma el fiscal general del Estado que, por inevitable derivación de lo razonado acerca del juicio de aplicabilidad, tampoco se cumpliría este presupuesto procesal. A mayor abundamiento añade que el auto de planteamiento descarta dos de las alegaciones de la formación Sí se puede, pero no se pronuncia sobre la alegación contenida en la demanda relativa a la indebida apreciación de la culpabilidad de su conducta por parte de la resolución sancionadora. En su opinión, esta queja debió resolverse con carácter previo al planteamiento de la cuestión, pues de entender que no existió ningún género de culpa por parte de la demandante, no sería de aplicación ningún precepto sancionador, lo que supondría que el art. 17 bis.2 b) de la Ley Orgánica 8/2007 no sería la norma de cuya validez dependería el fallo. Ello conlleva que la cuestión de inconstitucionalidad se convierta en un juicio abstracto de la norma cuestionada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso final del art. 17 bis 2 b) de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, por contravenir el art. 25.1 CE, en conexión con el principio de proporcionalidad, y el art. 9.3 CE.

a) El art. 17 bis 2 b) de la Ley Orgánica 8/2007 dispone:

“Dos. Por la comisión de infracciones graves se impondrán las siguientes sanciones:

[…]

b) Por las infracciones previstas en el artículo 17 apartado dos [tres] b), una sanción cuyo importe irá del doble al quíntuplo del exceso del gasto producido sin que en ningún caso pueda ser inferior a 25 000 €”.

De dicho precepto, únicamente es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el inciso final “sin que en ningún caso pueda ser inferior a 25 000 €”.

b) Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el órgano judicial considera que el inciso legal cuestionado vulnera el art. 25 CE, en conexión con el principio de proporcionalidad, así como el art. 9.3 CE, pues el importe mínimo de 25 000 € de las sanciones aplicables comporta una respuesta sancionadora excesiva con respecto al desvalor del hecho ilícito sancionado, carente de justificación objetiva. Respecto del caso concreto, explica que la desproporción es manifiesta y difícilmente discutible, pues la suma de las dos sanciones impuestas a la formación política Sí se puede es de 50 000 €, cifra superior al total de lo gastado —con o sin exceso— por la demandante.

c) El fiscal general del Estado, en el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender que no se cumplen los requisitos procesales exigidos en el art. 35 LOTC.

2. El art. 37.1 LOTC permite a este tribunal 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. El análisis de la cuestión de inconstitucionalidad que se somete a nuestra consideración revela la concurrencia del primer motivo de inadmisión, pues no satisface las exigencias para promoverla que imponen los arts. 163 CE y 35 a 37 LOTC.

3. Este tribunal constata que la realización del trámite de audiencia por el órgano judicial no se ajusta a las determinaciones del art. 35.2 LOTC, tal y como se expone a continuación:

a) Como hemos indicado en ocasiones anteriores, el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC tiene el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es el abrir un proceso de inconstitucionalidad y poner a disposición del juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso; se trata, por lo tanto, de un requisito de todo punto inexcusable y cuya eventual omisión constituiría un defecto en el modo de proposición de la cuestión que permitiría, tras el trámite de admisión previsto en el art. 37 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada (ATC 65/2021, de 1 de junio, FJ 2, y las resoluciones allí citadas).

De las actuaciones resulta que la providencia de 22 de noviembre de 2022 únicamente concedió audiencia al Ministerio Fiscal, omitiendo abrir el trámite alegatorio para las partes en el proceso contencioso administrativo, como impone imperativamente el art 35.2 LOTC.

Esta defectuosa articulación del trámite de audiencia constituye motivo de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Este tribunal ha venido reiterando la necesidad de realizar correctamente el trámite de audiencia, insistiendo en la importancia de que todas las partes sean consultadas en relación con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todos, ATC 13/2008, de 16 de enero). Asimismo, la doctrina constitucional viene señalando que el art. 35.2 LOTC dispone claramente que el plazo de diez días para que aleguen las partes y el Ministerio Fiscal ha de ser necesariamente común y no sucesivo (AATC 174/2007, de 27 de febrero, FJ 2; 127/2008, de 22 de mayo, FJ 2, y 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 4).

Como se ha recogido en los antecedentes, el defecto formal en la apertura del trámite de audiencia fue puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de 1 de diciembre de 2022, pese a lo cual la Sala dictó auto de planteamiento considerando que las apreciaciones del fiscal carecían de base porque las partes ya habían manifestado su conformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, porque el Ministerio Fiscal había tenido acceso a las actuaciones y porque el problema constitucional suscitado era de una claridad meridiana.

Tales consideraciones en nada obstan a la efectiva apreciación de la concurrencia del defecto procesal advertido por el fiscal general del Estado en sus alegaciones, pues ello equivaldría a minusvalorar la naturaleza y la importancia del trámite de audiencia, que, como razonó el ATC 220/2012, FJ 4, no es una secuencia del proceso a quo, sino una pieza preliminar del posterior proceso constitucional.

En este sentido, conviene apuntar que sobre un caso análogo, el ATC 104/2011, de 5 de julio, consideró como motivo de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad allí examinada la apertura defectuosa del trámite de audiencia, en un supuesto en que únicamente se había entablado el mismo con el Ministerio Fiscal y no con las partes personadas, que ya se habían pronunciado sobre la procedencia del planteamiento de la cuestión en el acto del juicio oral. Dijimos entonces que con este modo de proceder “se incumple tanto la letra como el sentido mismo de lo dispuesto en los arts. 35.2 y 36 LOTC” porque “la mera constancia de las alegaciones de las partes en el acto del juicio acerca de las pretensiones contenidas en las demandas no puede hacer las veces del trámite de audiencia que al efecto prevé el repetido art. 35.2 LOTC, pues, si así fuera, las posibilidades de alegar y de exponer sus respectivos pareceres quedarían constreñidas y desfigurado, con ello, este trámite previo al proceso constitucional” (FJ 2). Estas consideraciones resultan aplicables al presente caso.

A mayor abundamiento, si en el ATC 144/2020, de 17 de noviembre, rechazamos que pudiera entenderse correctamente evacuado el trámite únicamente con el Ministerio Fiscal y la parte demandada, porque en el trámite de audiencia deben participar todas las partes intervinientes en el proceso a quo, con independencia de que sea la actora la que haya interesado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad [FJ 3 c)], a fortiori habrá de censurarse que el trámite se lleve a cabo únicamente con el Ministerio Fiscal. Pues, como advierte la STC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1, la falta de ese trámite de audiencia previa no puede entenderse suplida por eventuales alegaciones formuladas al respecto por las partes en la instancia.

b) Por otro lado, la providencia de 22 de noviembre de 2022 no indicaba el precepto legal sobre cuya constitucionalidad albergaba dudas la Sala, ni tampoco mencionaba los preceptos constitucionales que se reputaban infringidos por aquel, sino que se limitaba a remitirse a los escritos de las partes demandante y demandada en el proceso a quo.

(i) La doctrina constitucional ha venido reiterando la necesidad de que el órgano judicial exprese, en la providencia que abre el trámite ex art. 35.2 LOTC, su propia duda de constitucionalidad [ATC 144/2020, FJ 3 a)]. En el ATC 195/2015, de 18 de noviembre, FJ 5, afirmamos que la duda de constitucionalidad que da lugar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie en este cauce procesal ha de ser necesariamente del órgano judicial, que no se puede limitar, a la hora de promover una cuestión de inconstitucionalidad, a remitirse a las dudas que sobre la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, doctrina constitucional que se ha referido tanto a la regularidad del juicio de relevancia realizado en el auto de planteamiento (ATC 95/2004, de 23 de marzo, FJ 2) como a la corrección de la providencia por la que se otorga el trámite de audiencia ex art. 35.2 (ATC 104/2011, FJ 2).

Por consiguiente, en la medida en que la providencia por la que se concede el trámite de audiencia al fiscal no hace otra cosa que remitirse a lo que sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma ha expresado la parte demandante, y respecto de la cual ha manifestado su conformidad la Abogacía del Estado, actuando como mera transmisión de las alegaciones de las partes en el procedimiento, no puede entenderse realizado correctamente el trámite de audiencia ex art. 35.2 LOTC.

(ii) A ello ha de añadirse que la providencia por la que se dio audiencia al Ministerio Fiscal omitió la mención de la norma legal sobre cuya constitucionalidad se duda, así como de los preceptos constitucionales que resultarían vulnerados por aquella. Hemos afirmado, en el ATC 144/2020, FJ 3 b), con cita de la STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6, que la providencia a través de la cual se otorga el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ha de especificar los preceptos legales cuestionados y los preceptos constitucionales que se consideren vulnerados, o bien, a falta de una cita concreta de los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, ha de identificar mínimamente la duda de constitucionalidad (indeterminación relativa) ante quienes han de ser oídos, para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él.

En el caso que nos ocupa, la providencia de 22 de noviembre de 2022 ni citaba el precepto legal al que se refería la duda de constitucionalidad ni tampoco hacía mención al precepto constitucional que se reputaba vulnerado. Se constata, por lo tanto, que los términos en los que se dio audiencia al Ministerio Fiscal difícilmente pueden servir para que las alegaciones realizadas en dicho trámite cumplan su función de colaboración en el proceso de formación de la decisión del órgano judicial. Como señaló el ATC 104/2011, FJ 2, “(t)ales alegaciones deberían versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el órgano judicial como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere de manera inexcusable, como ya se ha dicho, que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el órgano judicial estima de posible vulneración por aquéllos, quedando vinculado el órgano judicial por los términos en que se haya planteado dicho trámite a la hora de elevar la cuestión de inconstitucionalidad (por todos, AATC 29/2003, de 28 de enero, FJ único; 60/2004, de 24 de febrero, FJ 2, y 96/2004, de 23 de marzo, FJ 2)”. Y en este caso, como dijimos entonces respecto del asunto examinado en el ATC 104/2011, nada de ello ha tenido lugar.

4. En conclusión, ha existido un patente incumplimiento de un requisito procesal esencial, lo que debe determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil veintitrés.