

Suplemento**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

1008 *Pleno. Sentencia 212/2014, de 18 de diciembre de 2014. Recurso de amparo 4007-2012. Promovido por doña Rocío Luna Fernández respecto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, que confirmó en apelación la desestimación de su impugnación de tres concursos de provisión de puestos de trabajo en la Administración autonómica andaluza. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (error patente) y a un proceso con todas las garantías: negativa no arbitraria ni irrazonable a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 27/2013). Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, 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 González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 4007-2012, promovido por doña Rocío Luna Fernández, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Gema Sainz de la Torre Vilalta y bajo la dirección del Letrado don José María Campos Daroca, contra la Sentencia de 12 de enero de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 142-2011 interpuesto contra la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, dimanante del procedimiento abreviado núm. 582-2008. El recurso de amparo también se interpone contra el Auto de fecha 13 de Abril de 2012, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia de 12 de enero de 2012 antes citada, y contra el Auto de 9 de mayo de 2012, en cuya virtud se resuelve una solicitud de aclaración en relación con la imposición de costas procesales. Ha sido Ponente el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La Procuradora de los Tribunales doña Gema Sainz de la Torre Vilalta, en nombre y representación de doña Rocío Luna Fernández y bajo la dirección letrada de don José María Campos Daroca, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 2 de julio de 2012.

2. El recurso de amparo trae causa de los siguientes antecedentes:

a) En virtud de órdenes de fecha 4 de diciembre de 2007, de las Consejerías de Cultura y Medio Ambiente, respectivamente, y de orden de 5 de diciembre de 2007, del

Consejo Audiovisual de Andalucía, se convocaron tres concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo vacantes en el respectivo ámbito de los organismos citados.

b) La demandante de amparo participó en los concursos a que se ha hecho mención. En concreto solicitó la adjudicación de los siguientes puestos de trabajo: asesor técnico de archivos de la Consejería de Cultura (10027110); una plaza en el Consejo Audiovisual de Andalucía (9818910); y de director de Archivo Central de la Consejería de Medio Ambiente (3310).

c) Por órdenes de fecha 18 de junio de 2008 los organismos anteriormente indicados resolvieron los mencionados concursos, sin que a la demandante le fuera concedido ninguno de los puestos de trabajo que solicitó. En esencia, a la recurrente en amparo no le fueron computados, a efectos de antigüedad, los diferentes servicios prestados para la Administración de la Junta de Andalucía en calidad de funcionaria interina, habida cuenta de que para la resolución de los concursos se tuvo en cuenta lo dispuesto en la base octava A/segunda de las órdenes de convocatoria, en cuya virtud solamente se contempla la antigüedad generada como personal funcionario, por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, valorándose hasta un máximo de 6,5 puntos, a razón de 0,25 puntos por año.

d) En fecha 30 de septiembre de 2008, la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra las órdenes resolutorias de los concursos. En síntesis, la demandante considera que se le deberían haber reconocido un total de 22,4 puntos en cada uno de los concursos en que participó, dado que el art. 54.2 del Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración general de la Junta de Andalucía (en adelante, Decreto 2/2002), según la redacción dada por el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre, prevé el cómputo de los servicios prestados que hayan sido reconocidos con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera. Para la recurrente, el hecho de que la Sentencia núm. 370/2006, de 10 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada) declarara nulo el precepto anteriormente citado, no empece el éxito de su pretensión, dado que aún está pendiente de resolver el recurso de casación contra ella interpuesto y, por tanto, la referida Sentencia todavía no es firme.

Por otra parte, considera que las órdenes impugnadas contravienen lo dispuesto en los arts. 14, 23.2 y 103 CE, la normativa estatal y autonómica atinente a la función pública que detalla en el escrito de demanda y el apartado cuarto de la cláusula cuatro de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco CES, la UNICE y el CEEP, sobre trabajo de duración determinada (en adelante, Directiva 1999/70), conforme al cual «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas». En fin, la recurrente interesa la nulidad de las órdenes resolutorias de los concursos, ya que no fue tenida en cuenta la antigüedad generada por aquélla con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario de carrera.

e) Por escrito de fecha 6 de julio de 2009, la demandante solicitó que se la tuviera por desistida respecto de la impugnación de la orden del Consejo Audiovisual de Andalucía. Por providencia de nueve de julio de 2009, el órgano judicial acordó el desistimiento interesado.

f) Por Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2010, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla (en adelante Juzgado) desestimó el recurso interpuesto por la demandante, al apreciar la desaparición sobrevenida del objeto procesal. Básicamente, el órgano judicial fundamentó su decisión en el hecho de que la Sentencia núm. 370/2006, de 10 de julio, dictada por la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada), que declaró la nulidad del art 54.2 del Decreto

2/2002, en la redacción dada por el Decreto 528/2004, de 16 de noviembre, adquirió firmeza durante el curso del procedimiento.

g) Mediante escrito presentado en fecha 4 de octubre del 2010, la demandante interpuso recurso de apelación. En dicha impugnación, amén de ratificar esencialmente las pretensiones deducidas en el escrito de demanda, denunció la incongruencia omisiva en que incurrió la Sentencia de instancia, al no resolver todas las cuestiones planteadas en el recurso. Concretamente, afirmó que la resolución recurrida no se pronunció sobre la eventual vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 14, 23.1 y 103 CE que la demandante atribuyó a las órdenes resolutorias de los concursos de méritos. Finalmente, interesó la estimación del recurso de apelación y el reconocimiento de la antigüedad que demanda.

h) Tras ser admitido a trámite el recurso de apelación, por Sentencia de fecha 12 de enero del 2012 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (en adelante, Tribunal de apelación), desestimó el citado recurso. En el fundamento jurídico tercero de la calendada resolución, el referido Tribunal considera que el órgano judicial de instancia no entró a conocer sobre las razones de fondo que se sustentan en los preceptos constitucionales citados en el recurso de apelación; no obstante, entiende que la pretensión esgrimida por la demandante no es asumible. Por un lado, estima que en los respectivos concursos de méritos que participó la demandante sólo puede ser tenido en cuenta, a efectos de antigüedad, el tiempo de servicios prestado como personal funcionario de carrera, conforme así lo prevé el art. 54.2 del Decreto 2/2002, cuya vigencia, en su redacción inicial, expresamente reconoce. Por tanto, no le son computables los servicios prestados en calidad de funcionaria interina.

Además, en el referido fundamento jurídico el Tribunal de apelación descarta que el criterio anteriormente expuesto sea contrario a la Directiva 1999/70/CE, ni que contravenga la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente enunciada por las SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 y 11 de septiembre de 2011 (*rectius*, 8 de septiembre de 2011). Sobre este particular, la Sentencia de apelación se remite a lo dicho en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011, dictada por la misma Sala en el recurso núm. 394-2011, cuyo tenor es el siguiente: «[] la decisión del órgano administrativo no es contraria a la doctrina del TS, ni a la de la Directiva Comunitaria 99/70, ni por tanto a la STJUE de 11 de septiembre de 2011: Así en la STS de 3 de septiembre de 2010 referida al Decreto 2/2002 en su redacción original, desestima el recurso de casación interpuesto por la Asamblea de Interinos de Sevilla y Federación de Interinos donde se afirma con rotundidad: Cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional debe seguir los principios constitucionales de mérito y capacidad, ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos de carácter definitivo y de otro, los que son aplicables para nombramientos provisionales o funcionarios interinos. A lo anterior debe sumarse que no puede ser invalidada como legítima política de personal, la que se quiere incentivar a los funcionarios de carrera valorando de manera significativa la experiencia desarrollada con esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo. Y lo que se deriva de todo lo que lo que acaba de exponerse, es que existiendo datos objetivos para esa diferente valoración de la experiencia y de la antigüedad que aquí se discuten, no es de acoger la vulneración del principio de igualdad y consiguiente infracción de los arts. 14 y 23 de la CE que se demanda por la Asociación, como tampoco la infracción de la Directiva 99/70 y del art. 20.1 A) de la Ley 30/84.

Carece igualmente de fundamento el reproche planteado en relación a la Ley 70/78, por ser acertado el alcance retributivo que la sentencia recurrida únicamente reconoce. Es decir el Tribunal Supremo, considera que existen razones objetivas para esa diferencia de trato, que en el supuesto de la promoción interna se acentúan como ahora

expondremos. Tampoco es contraria a la Directiva como declaró el Tribunal Supremo, ni tampoco a la STJUE de 11 de septiembre de 2011. En primer lugar porque el supuesto de hecho enjuiciado difiere notablemente del actual, ya que aquél se refería a la antigüedad de diez años como funcionario de carrera como requisito de acceso para suplir la falta de titulación, no como mérito, y porque la propia sentencia afirma con rotundidad en su parte dispositiva, que debe excluirse toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los interinos basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, salvo que razones objetivas en el sentido de la cláusula 4 apartado 1, justifiquen el trato diferente. Esas razones y datos objetivos ya se exponen en la STS de 3 de septiembre de 2010, por el distinto nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y méritos valorables en uno y otro nombramiento, a lo que debemos añadir, que la antigüedad como interino ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la condición de funcionario de carrera, por lo que supondría valorar doblemente éste mérito en detrimento del funcionario de carrera, con clara vulneración del art. 23 de la Constitución. Por otra parte, la promoción interna está regulada en el Estatuto Básico, como un derecho de progresión de la carrera de los funcionarios, por lo que los requisitos y los méritos exigen que se posean en esa condición de funcionario de carrera. Por último indicar que de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 no cabe deducir que en la misma se reconoce la antigüedad de los servicios previos reconocidos como interino, porque aunque estima el recurso y casa la sentencia del TSJA de Granada, lo hace por la falta de motivación y justificación de la declaración de ilegalidad del apartado b) del art 31 del Decreto sobre el porcentaje de valoración por este apartado, pero por remisión al Baremo General que efectúa el art 31, dicha antigüedad según el art. 54 solo es valorable en la condición de funcionario de carrera, no como interino.»

i) Mediante escrito presentado el día 2 de marzo de 2012, la demandante interpuso incidente de nulidad de actuaciones contra dicha Sentencia. Tras destacar los apartados más relevantes de la STJUE de 8 de septiembre de 2011, en cuya virtud se delimitó el contenido y alcance de la cláusula cuatro, apartado cuarto, del acuerdo marco incorporado en la Directiva 1999/70, al resolver la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en relación con el cómputo de la antigüedad generada en calidad de funcionario interino, la demandante afirma que esa doctrina debió ser aplicada al caso concreto, puesto que fácilmente se colige que la razón de decidir en el presente supuesto y en el analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la misma. Alternativamente, de cara a solventar las eventuales dudas interpretativas que pudieran suscitarse, la recurrente considera que el Tribunal de apelación debió plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a lo previsto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). Ahora bien, como el órgano judicial no actuó de ninguna de las maneras indicadas al resolver el recurso de apelación, la demandante considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE, así como el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). En consecuencia, la demandante interesa que se declare la nulidad de las actuaciones, con la consiguiente retroacción para que se dicte resolución acorde con la doctrina a que se ha hecho mención o, en su caso, sea planteada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

j) Por Auto de fecha 13 de abril del 2012, el Tribunal de apelación resolvió el incidente de nulidad planteado en los siguientes términos: «La petición del recurrente no puede ser acogida. Entiende que en el caso presente existían dudas interpretativas para plantear cuestión prejudicial, pero en ningún caso que no se planteara implica vulneración del art. 24 CE ni que ello cause indefensión alguna. Visto el art. 241 de la LOPJ y demás de aplicación, La Sala Dijo: Se desestima la solicitud de nulidad de actuaciones a que se hace referencia en el Hecho Único de la presente resolución».

k) Por Auto de fecha 9 de mayo de 2012 se acordó imponer las costas procesales a la promotora del incidente de nulidad.

3. La demanda de amparo atribuye a las resoluciones impugnadas la lesión del art. 24. 1 y 2 CE, concretamente por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en

su manifestación del derecho al proceso debido, y al Juez ordinario predeterminado por la ley. Tras exponer los acontecimientos procesales habidos a raíz de la interposición del recurso contencioso-administrativo, la demandante refleja los aspectos más destacados de la STJUE de 8 de septiembre de 2011, recaída en el asunto C-177/2010, en cuya virtud se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Sevilla. Más adelante, tras poner de relieve el carácter vinculante de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al resolver cuestiones prejudiciales, la recurrente argumenta sobre las concretas vulneraciones de los derechos fundamentales que sustentan el presente recurso de amparo.

En primer lugar considera que el Tribunal de apelación lesionó el derecho de la recurrente a obtener una resolución debidamente motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), por incurrir en error o arbitrariedad en la elección de la norma aplicable por el Juez nacional. Según sostiene la demandante, la Sentencia de 12 de enero de 2012 no asume la doctrina asentada por la STJUE de 8 de septiembre de 2011, habida cuenta de que esta última resolución establece de manera diáfana que, salvo que concurren razones objetivas en el sentido del apartado primero de la cláusula cuatro del acuerdo marco incorporado a la Directiva 1999/70, no es dable conferir un tratamiento peyorativo a los servicios prestados en calidad de funcionario interino. Por el contrario, el órgano judicial consideró que el criterio asumido por la Administración –que hace suyo el referido órgano judicial– no contraviene la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese a que realmente se aparta del criterio fijado en la última de las Sentencias citadas. Por otra parte, señala que en ulteriores concursos la Administración ha modificado el criterio hasta entonces seguido, para adecuarlo al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea objeto de cita. En fin, la demandante colige que el Tribunal de apelación ha vulnerado el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, en tanto que ha seleccionado arbitrariamente o de manera irracional la norma de aplicación al caso, desvinculándose del sistema de fuentes establecido (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, y 126/1994, de 25 de abril).

Añade que el art. 267 TFUE establece el régimen jurídico relativo al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sobre ese particular, señala que la Sentencia que resuelve el recurso de apelación no es susceptible de ulterior recurso y, por ello, el planteamiento de la cuestión prejudicial no resulta potestativo sino obligatorio, de acuerdo a lo estatuido en el art. 267 ya citado. En apoyo de la anterior afirmación, añade que la aplicación de la doctrina emanada de la STJUE de 8 de septiembre de 2011 no puede ser excluida *ad casum*, bajo el argumento de que el Derecho de la Unión Europea puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (acto claro), o bien porque la cuestión planteada sea materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de decisión prejudicial en caso análogo (acto aclarado), únicos supuestos que, según doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano judicial queda eximido de la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando contra su decisión no cabe ulterior recurso (SSTJCE de 27-3-1963, asunto *Da Costa* y acumulados; y de 6-10-1982, asunto *Cilfit*).

Asimismo, apunta que el texto del Auto resolutorio del incidente de nulidad es de difícil comprensión, pues no queda claro si el Tribunal de apelación admite la existencia de dudas interpretativas. En cualquier caso, lo verdaderamente relevante es que el órgano judicial asumió competencias en materia de interpretación del Derecho de la Unión Europea que le están vedadas, en detrimento del organismo a quien corresponde tal menester. Por ello, como el Tribunal de apelación no aplicó al caso la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, en relación con la antigüedad generada durante el desempeño de funciones temporales, ni tampoco planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, finalmente considera que también se ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que reconoce el art. 24.2 CE.

También trae a colación, por su vinculación con el presente caso, la doctrina recogida en las SSTC 58/2004 y 194/2006, con motivo de la inaplicación de la normativa interna,

que el órgano judicial consideró contraria al Derecho de la Unión Europea, sin que previamente hubiera planteado cuestión prejudicial. Por todo lo expuesto, la recurrente termina interesado la estimación del recurso de amparo, la expresa declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y la nulidad de las resoluciones impugnadas, con retroacción del procedimiento judicial al momento procesal oportuno para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de apelación dicte nueva sentencia que recoja la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, subsidiariamente, plantee cuestión prejudicial ante este último Tribunal.

4. Tras ser aportados diversos documentos que le fueron requeridos a la demandante por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Tercera de esta Tribunal, de fecha 6 de julio de 2012, y una vez acreditada fehacientemente la representación de la Procuradora doña Gema Sainz de la Torre Vilalta, por providencia de fecha 7 de noviembre de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo. En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se acordó dirigir atenta comunicación al Tribunal, a fin de que en el plazo que no exceda de diez días remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 142-2011. Asimismo, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado, para que en plazo no superior a diez días remita certificación o fotocopia adverada del procedimiento núm. 582-2008, debiendo emplazarse previamente para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, quienes hubieran sido parte en el procedimiento, salvo la demandante de amparo.

5. Mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2013, la Letrada de la Junta de Andalucía, se personó en el presente procedimiento constitucional.

6. Por providencia de fecha 31 de marzo de 2014, se tuvo por personado a la representación letrada de la Junta de Andalucía. Asimismo, se acordó conferir traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, a fin de que, por plazo de veinte días presentaran alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC.

7. Por escrito de fecha 30 de abril de 2014 la demandante evacuó el trámite de alegaciones, en el cual ratificó íntegramente el contenido del escrito de demanda. Además, aportó documentación relativa a una denuncia formulada por el sindicato Unión Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de Andalucía (USTEA) ante la Comisión Europea, por el incumplimiento, por parte del Estado español, del principio de no discriminación recogido en la cláusula cuatro, apartado cuarto de la Directiva 1999/70.

8. Mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2014, la Letrada de la Junta de Andalucía formuló sus alegaciones. Tras compendiar el objeto del recurso de amparo, los antecedentes del proceso, el contenido de las resoluciones jurisdiccionales recaídas en el mismo y la normativa que estima de aplicación al presente caso, colige que no ha existido vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda. En relación con el derecho a una resolución fundada en Derecho y debidamente motivada, considera que la Sentencia de 12 de enero de 2012, dictada al resolver el recurso de apelación, analiza debidamente la adecuación del acto impugnado a la normativa autonómica, a la Constitución, al Derecho de la Unión Europea e, incluso, a la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011. Por ello, en contra de lo que se afirma en la demanda, la resolución combatida no adolece de las deficiencias que la recurrente le atribuye. Conforme a una consolidada doctrina constitucional recogida, entre otras en la SSTC 13/2012, de 30 de enero, FJ 3; 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 4; y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7, el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE) exige que las resoluciones judiciales contengan los elementos y razones de juicio que exterioricen los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, en segundo lugar,

que la motivación sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y, por tanto, no sea fruto de un error patente o de la arbitrariedad. Sin embargo, añade, el art. 24.1 CE no garantiza el derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que se vean afectados otros derechos fundamentales distintos al de la tutela judicial efectiva. En el presente caso, a juicio de la representación procesal de la Junta de Andalucía, la Sentencia combatida en amparo lleva a cabo una interpretación debidamente razonada de la normativa y jurisprudencia aplicables al caso, sin incurrir en error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad. Por ello, debe rechazarse la vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

En cuanto a la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), la Letrada de la Junta de Andalucía transcribe el contenido literal del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el cual delimita el régimen jurídico relativo al planteamiento, por parte de un órgano judicial nacional, de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A continuación sistematiza la doctrina constitucional establecida en relación con la faceta invocada por la demandante, con abundante cita de resoluciones de este Tribunal. En relación con el presente caso, considera que el Tribunal que dictó las resoluciones combatidas no albergó dudas sobre la interpretación y aplicación de la normativa de la Unión Europea, como así quedó reflejado en la fundamentación jurídica de la Sentencia de fecha 12 de enero de 2012, por lo cual el planteamiento de la cuestión prejudicial no devino obligatorio.

Por otra parte, también advierte que durante la sustanciación del procedimiento judicial las partes no invocaron la necesidad de plantear tal cuestión; de hecho, hasta que no se dictó la Sentencia que puso fin al recurso de apelación la recurrente no suscitó la necesidad de promover la referida cuestión, mediante el incidente de nulidad de actuaciones. Por tanto, debe descartarse la existencia de indefensión, puesto que la parte demandante introdujo *ex novo* ese aspecto, que hasta entonces había sido ajeno al debate procesal. Finalmente, descarta que resulte de aplicación al caso la doctrina recogida en las SSTC 58/2004 y 78/2010, pues el Tribunal no ha omitido la aplicación de la norma de Derecho interno ni tampoco la norma de la Unión Europea. En fin, por las razones expuestas no cabe apreciar vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley que reconoce el art. 24.2 CE.

9. Por escrito presentado el día 24 de mayo de 2014, el Fiscal formuló sus alegaciones. Principia dicho escrito con un amplio y detallado resumen sobre las antecedentes de hecho sometidos a nuestro enjuiciamiento, en el que queda reflejado el alcance de las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso judicial, el contenido del recurso contencioso-administrativo entablado, la fundamentación jurídica de las sentencias y de las actuaciones subsiguientes a la resolución del recurso de apelación y, a continuación, compendia los aspectos más relevantes de la demanda de amparo.

En el apartado correspondiente a la fundamentación jurídica, tras delimitar el contorno del presente recurso de amparo, analiza la eventual vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) Sobre ese particular considera que no se ha producido tal lesión, pues este Tribunal ha rechazado de manera uniforme que la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea suponga una vulneración de tal derecho. Añade que, como así se reconoce en el fundamento jurídico 3 de la STC 219/2009, la garantía al derecho antes citado solamente impone que, con anterioridad al hecho motivador del proceso, el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que le atribuya jurisdicción y competencia para conocer del asunto. Además, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos judiciales no exceden del ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, son ajenas al derecho anteriormente indicado, salvo que la interpretación suponga una manifestación notoriamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias. Por tanto, reitera que el hecho de que el órgano judicial no haya planteado cuestión prejudicial no vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que trae causa del no planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Fiscal invoca la doctrina de este Tribunal, reflejada en las SSTC 78/2010, FJ 2; y 58/2004, FFJJ 9 a 11, para finalmente colegir que las resoluciones impugnadas en el presente recurso de amparo han vulnerado ambos derechos fundamentales. Según refiere, el Tribunal de apelación aplicó los criterios interpretativos asentados por el Tribunal Supremo con anterioridad al dictado de la STJUE de 8 de septiembre de 2011. Por otra parte, señala que la Sentencia combatida en el presente recurso se apartó del criterio asentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expuesto en los párrafos 72 a 74 de la Sentencia objeto de cita, puesto que, según afirma, la fundamentación jurídica de la Sentencia resolutoria del recurso de apelación no efectúa ninguna ponderación acerca de si las condiciones de la prestación de servicios en calidad de funcionaria interina, por parte de la demandante, fueron o no equivalentes a las de los funcionarios de carrera, cuando la calendada Sentencia proscribiera, precisamente, que se brinde un trato peyorativo al tiempo de prestación de servicios en calidad de funcionario interino, siempre que las condiciones de trabajo sean similares a las desempeñadas por un funcionario de carrera.

Por otro lado, señala que, aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no confiere a su titular un pretendido derecho al acierto en el dictado de las resoluciones judiciales, lo cierto es que el órgano judicial mantuvo una postura contradictoria, puesto que en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones reconoció la existencia de dudas interpretativas que, sin embargo, no reflejó en la Sentencia frente a la cual se interpuso el incidente de nulidad. En base a lo expuesto, el Fiscal considera que el Auto de fecha 13 de abril de 2012 no alcanza el estándar de motivación exigido para la resolución de los incidentes de nulidad, conforme a la doctrina expuesta en la STC 9/2014, FJ 5, pues se limita a declarar de manera apodíctica la inexistencia de lesión. Por otro lado, el reconocimiento de las dudas interpretativas obliga al órgano judicial a plantear cuestión prejudicial de acuerdo con lo establecido en el art. 267 TFUE y, al no haberlo hecho, aquél desconoció la garantía establecida en el referido Tratado y, por ende, vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

Finalmente, el Fiscal interesó se dicte Sentencia que reconozca la lesión de los derechos fundamentales enunciados y que ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que fuera dictada la Sentencia resolutoria del recurso de apelación a fin de que el órgano judicial resuelva conforme al contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

10. Mediante providencia de fecha 4 de noviembre de 2014, el Pleno, en su reunión de esa fecha y conforme establece el artículo 10.1 n) de la Ley Orgánica del Tribunal, a propuesta de la Sala Segunda, acuerda recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

11. Por providencia de fecha 16 de diciembre de 2014 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de fecha 12 de enero de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede de Sevilla), en cuya virtud se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, en el procedimiento abreviado núm. 582-2008. Asimismo, la demanda también se dirige contra el Auto de fecha 13 de abril de 2012, dictado por el órgano judicial antes indicado, por el cual se desestima el incidente de nulidad de actuaciones, y contra el Auto de aclaración de fecha 9 de mayo de 2012.

Para la demandante, las decisiones judiciales combatidas lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE. En síntesis, sostiene que las resoluciones dictadas han inaplicado la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, en relación con el alcance y contenido de la cláusula cuatro, apartado cuarto, de la Directiva 1999/70. Por ello, entiende que el órgano judicial ha incurrido en error manifiesto o arbitrariedad al seleccionar la norma aplicable, lo que se traduce en una motivación irrazonable y en un apartamiento del sistema de fuentes preestablecido.

También afirma que el órgano judicial lesionó su derecho al juez ordinario predeterminado por ley (art. 24.2 CE). Sustenta este alegato en el hecho de que el Tribunal de apelación no aplicó al caso la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia anteriormente referenciada, ni tampoco planteó cuestión prejudicial ante el organismo ya citado, a lo cual estaba obligado de conformidad con lo previsto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Para la representación procesal de la Junta de Andalucía el recurso de amparo debe ser desestimado, pues no aprecia vulneración alguna de los derechos fundamentales que se invocan en la demanda. En contra de lo que se afirma en la demanda de amparo, la Sentencia resolutoria del recurso de apelación ofrece una motivación suficiente acerca de la inaplicabilidad al caso de la doctrina emanada de la STJUE de 8 de septiembre de 2011, sin incurrir en error patente o arbitrariedad. Por otro lado, considera que el órgano judicial no albergó dudas acerca de la interpretación y aplicación de la normativa de la Unión Europea y, en consecuencia, el hecho de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no conculca el derecho de la demandante al juez ordinario predeterminado por la ley. También señala que la temática relativa al planteamiento de la referida cuestión fue ajena al debate procesal, pues hasta la interposición del incidente de nulidad de actuaciones las partes intervinientes no habían suscitado controversia sobre ese particular.

Para el Fiscal no se ha producido violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que consagra el art. 24.2 CE, puesto que, de acuerdo al contenido que la doctrina constitucional confiere a dicho derecho, la falta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no constituye lesión del mismo. En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, en primer lugar advierte que la Sentencia dictada por el Tribunal no ha tenido en cuenta la doctrina establecida por la STJUE de 8 de septiembre de 2011, pues ha obviado cualquier valoración acerca de si las condiciones del trabajo que la demandante desempeñó como funcionaria interina eran o no equiparables a las prestadas por un funcionario de carrera, de cara a considerar valorable la antigüedad que, como mérito, aquélla reclama que se le compute.

A su vez, señala que la Sentencia resolutoria del recurso de apelación descarta que la desestimación del recurso contravenga la doctrina fijada en la STJUE citada, pero el Auto resolutorio del incidente de nulidad admite la existencia de dudas interpretativas al respecto. Por ello, concluye que el órgano judicial no motivó adecuadamente al resolver sobre la pertinencia de plantear la referida cuestión y, en consecuencia, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y, a su vez, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al incumplir el mandato contemplado en el art. 267 TFUE.

2. Antes de abordar lo que propiamente constituye el fondo del presente recurso, conviene detenerse a analizar la alegación formulada por la Letrada de la Junta de Andalucía, que considera que la censura por el no planteamiento de la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo fue suscitada en el incidente de nulidad de actuaciones. En efecto, no parece que la demandante advirtiera, en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, sobre la pertinencia de plantear dicha cuestión, ni tampoco en el ulterior recurso de apelación que dedujo frente a la Sentencia recaída en la instancia. Sin embargo, debe advertirse que la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2011 es posterior a la fecha de interposición del recurso de apelación y, de hecho, es la Sentencia que resuelve este recurso la que *motu proprio* recoge, en su

fundamentación jurídica, una serie de consideraciones a cuyo través infiere que el criterio seguido por la Administración –y a la postre, asumido por el Tribunal de apelación– no es contrario a la doctrina enunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la calendada resolución.

Por otra parte, la STJUE de 18 de julio de 2013, C-136/2012, apartados 28 a 31, ha recordado que el sistema instaurado por el art. 267 TFUE, con miras a garantizar la unidad de la interpretación del Derecho de la Unión en los Estados miembros, establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales nacionales, conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes (SSTJUE de 16 de diciembre de 2008, asunto *Cartesio*, C-210/2006, apartado 90, y de 21 de julio de 2011, asunto *Kelly*, C.104/10, apartado 62). Por tanto, la determinación y formulación de las cuestiones que deben someterse al Tribunal de Justicia corresponde al órgano judicial nacional y, por ello, las partes del litigio principal no pueden modificar su contenido (SSTJUE 14 de abril de 2011, asunto *Vlaamse Dierenartsenvereniging y Janssens*, C/42/10, C/45/10 y C/57/10, apartado 43; y de 21 de diciembre de 2011, asunto *Danske Svienproducenter*, C316/10, apartado 32), sin perjuicio de la facultad que tiene ese órgano, en orden a instar a las partes a sugerir formulaciones que pueden acogerse para enunciar las cuestiones prejudiciales. En fin, de cuanto antecede se desprende que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente determinar y formular las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho de la Unión, que sean necesarias para resolver el litigio principal. Por tanto, el hecho de que ninguna de las partes –especialmente, la parte demandante– hubiera instado el planteamiento de cuestión prejudicial hasta el incidente de nulidad de actuaciones, en nada empece la admisibilidad del presente recurso de amparo.

3. De la fundamentación jurídica de la Sentencia combatida se desprende que, para el órgano judicial, la desestimación del recurso de apelación no contraviene la Directiva 1999/70 ni la doctrina reflejada en la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2011. Asimismo, implícitamente consideró innecesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, criterio este que fue corroborado en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones. A la vista de lo expuesto y de los términos en que ha sido planteado el presente recurso de amparo, en primer lugar, procede resolver si la decisión adoptada por el Tribunal de apelación contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24.1 CE.

Este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar el contenido y alcance del derecho anteriormente enunciado, en la faceta relativa a la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho. En la STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5, afirmamos lo siguiente:

«Según es consolidada y unánime doctrina constitucional, tal como recordamos recientemente en la STC 13/2012, de 30 de enero, FJ 3, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso. Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; y 64/2010, de 18 de octubre; FJ 3) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio, FJ 7). En definitiva, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales “no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria” (STC 8/2005, de 17 de enero). En esa misma doctrina constitucional también hemos señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las

disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva" (recientemente, entre otras, SSTC 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 5; y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7). Y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 140/2005, de 6 de junio, FJ 5; y 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 5).»

Desde esa perspectiva y en relación con la decisión del órgano judicial sobre el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, sostuvimos lo siguiente:

«Así pues, en principio, "la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales" (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, "a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991, y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio" (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, "sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuicables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita" (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2). En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.»

En concordancia con la doctrina expuesta, en el fundamento jurídico 6 de la ya citada STC 27/2013 descartamos que la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano judicial pudiera lesionar el art. 24.1 CE:

«Con arreglo a estos presupuestos no hay duda de que la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo, como ya antes la dictada en la instancia, se justifica en una interpretación de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea, que está razonada y que no resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria y, por tanto, se trata de una resolución judicial que no puede calificarse a primera vista como no fundada en Derecho, con independencia de su acierto o desacierto últimos. En estas condiciones, y al igual que hemos declarado asimismo en otras ocasiones semejantes (SSTC 22/1996, de 12 de febrero, 105/2009, de 4 de mayo, 38/2011, de 28 de marzo, y 13/2012, de 30 de enero), la Sentencia impugnada en amparo cumple con las exigencias constitucionales del art. 24.1 CE. Las conclusiones obtenidas por el Tribunal Supremo, y previamente por el Tribunal de instancia, y la forma en que fueron argumentadas, no constituyen ni aisladamente

ni en su conjunto una interpretación manifiestamente irrazonable de la legalidad ordinaria, sin que este Tribunal tenga que entrar a examinar si otras interpretaciones también posibles debían prevalecer sobre aquélla.»

Resumiendo, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto. De ahí que, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si la resolución judicial está fundada en Derecho y es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

4. La Sentencia combatida en amparo afirma que las razones tenidas en cuenta para la desestimación del recurso de apelación no son contrarias a la doctrina expuesta en la STJUE de 8 de septiembre de 2011 ni, por ende, al contenido de la Directiva 1999/70. Los motivos aducidos por el Tribunal de apelación que conciernen a la referida Directiva y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anteriormente citada son, en esencia, los siguientes: a) el supuesto de hecho analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea difiere del actual, pues aquél versa sobre un proceso de promoción interna entre funcionarios de carrera, en el cual la antigüedad no se valora como mérito, sino como un requisito de acceso para suplir la falta de titulación; b) la existencia de razones objetivas que justifican un tratamiento diferenciado de la antigüedad, tales como el distinto nivel de exigencia en cuanto a la publicidad y mérito en los procesos selectivos para el acceso a la carrera funcional y la provisión de puestos definitivos, frente al exigido para el nombramiento de los funcionarios de carácter temporal; c) la antigüedad como interina ya fue valorada en el concurso-oposición de acceso a la carrera funcional, de manera que si se volviera a ponderar se vulneraría el art. 23 CE en detrimento de los funcionarios de carrera; y d) no puede ser invalidada, como legítima política de personal, aquélla que pretende incentivar valorando de manera significativa la experiencia desarrollada en esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo.

Una vez sintetizada la argumentación expuesta por el órgano judicial, corresponde mensurar si las razones ofrecidas alcanzan el umbral establecido por la doctrina constitucional, de cara a dilucidar si la resolución combatida en esta sede ofrece una motivación suficiente desde la perspectiva del derecho reconocido en el art. 24.1 CE. A tal fin, en primer lugar cumple afirmar que la Sentencia dictada por el Tribunal de apelación exterioriza adecuadamente cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, de manera que las partes han podido conocer la posición del órgano de enjuiciamiento sobre la cuestión que ahora nos ocupa.

En segundo término, abstracción hecha del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación sobre la incidencia, en el presente caso, de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre del 2011, lo cierto es que los argumentos expuestos sobre tal cuestión no incurrir en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE. Debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria.

Queda por abordar la cuestión planteada por el Fiscal en relación con el incidente de nulidad de actuaciones. Para el Fiscal, el órgano judicial mantuvo una postura contradictoria, puesto que en el Auto resolutorio del referido incidente reconoció la

existencia de dudas interpretativas que, sin embargo, no tuvo en cuenta a la hora de dictar Sentencia. Por ello, esas dudas deberían haber dado lugar a la estimación de incidente de nulidad y al consiguiente planteamiento de la cuestión prejudicial. Sin perjuicio de reconocer que la redacción del Auto a que se ha hecho mención es mejorable, no parece que de su contenido quepa deducir que las dudas interpretativas se residen en el propio órgano judicial; más bien, parece que tales dudas vienen referidas a las que la demandante menciona en su escrito de fecha 2 de marzo de 2012, para sustentar la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En fin, dado que la contradicción puesta de relieve por el Ministerio Fiscal no queda acreditada, sólo resta concluir que la fundamentación ofrecida por el Tribunal de apelación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE.

5. Desechada la lesión del derecho anteriormente citado, también hemos de rechazar la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Conforme a la doctrina enunciada en el fundamento jurídico 3 de esta resolución, el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por las deficiencias de motivación anteriormente expuestas. En el presente caso, el Tribunal de apelación argumentó motivadamente que el hecho de no valorar, en los respectivos concursos, la antigüedad que la demandante consolidó como funcionaria interina no contraviene la doctrina enunciada en la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2011, sin que, como ha quedado expuesto, conste que dicho órgano hubiera tenido dudas sobre la necesidad de plantear cuestión prejudicial sobre ese aspecto. Por ello, no es dable apreciar la vulneración de ninguna garantía esencial del proceso debido.

Otro tanto cumple decir respecto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) cuya vulneración denuncia la demandante. Los argumentos hasta ahora expuestos servirían para desechar esa queja; no obstante, a mayor abundamiento no resulta ocioso traer a colación nuestra doctrina sobre el contenido y alcance del derecho fundamental enunciado. A ese respecto, en la STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5, hemos afirmado que «[e]ste Tribunal Constitucional ha declarado, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que dicho derecho exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 17; 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2)». En atención a la doctrina expuesta, es patente que el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial queda extramuros de la garantía cuya lesión invoca la demandante.

Descartadas, pues, las diferentes lesiones de los derechos fundamentales denunciadas en esta sede constitucional, procede desestimar el amparo solicitado.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña Rocío Luna Fernández.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil catorce.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca

Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado al Pleno núm. 4007-2012

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica y fallo de la Sentencia, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que expongo a continuación.

En mi opinión, la Sentencia debió otorgar el amparo solicitado. Como algunos de los aspectos del presente caso son similares a los que subyacen al recurso de amparo núm. 4176-2009, resuelto por la STC 27/2013, de 11 de febrero, de la Sala Primera de este Tribunal y en el Voto particular que entonces formulé se contiene mi posición sobre la cuestión de la relevancia constitucional del incumplimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial, en esta ocasión me limitaré a exponer mi discrepancia con la presente Sentencia y a indicar los elementos diferenciales de este recurso de amparo.

1. La resolución del presente recurso de amparo debiera haber seguido la línea jurisprudencial desarrollada en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre, en las que declaramos que el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede llevar aparejada la lesión del art. 24.2 CE por incumplimiento de la obligación de remitir al intérprete de la normativa europea el cuestionamiento sobre el alcance de una norma, salvo que sea patente que no concurre duda alguna aplicando los criterios jurisprudenciales europeos al respecto. Por el contrario, nuestra actual Sentencia se separa de la consistencia de aquella argumentación, al asumir como suficiente que el órgano judicial exteriorice adecuadamente cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada y que, en particular, las conclusiones alcanzadas por el órgano judicial sobre la incidencia en el caso de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011 no incurran en arbitrariedad ni adolezcan de falta de razonabilidad, conforme a los parámetros de razonabilidad exigibles en el enjuiciamiento de la legalidad ordinaria. Con tal argumento la obligación impuesta por el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de plantear la cuestión queda excepcionada con base en un particular entendimiento de la doctrina europea del acto claro que la desfigura hasta hacerla irreconocible.

De esta forma la Sentencia del Pleno viene a retomar la doctrina anterior a la STC 58/2004 según la cual la infracción del art. 267 TFUE no afecta al art. 24 CE salvo en el supuesto de que el Juez ordinario haya realizado una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (así, las SSTC 180/1993, de 31 de mayo, y 201/1996, de 9 de diciembre). En definitiva, se opta por aplicar el canon general de interpretación de la legalidad ordinaria interna, desconociendo los parámetros del Derecho europeo respecto a la delimitación del «acto claro», asentados sobre la ausencia intersubjetiva de duda alguna. Con ello se produce un lamentable retroceso con respecto a la doctrina resultante de la STC 58/2004, que inauguraba un nuevo posicionamiento sobre la relevancia constitucional de la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial.

2. A continuación debo precisar el momento en el que, a mi juicio, se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). Si bien el órgano judicial resolvió el recurso de apelación invocando por su propia iniciativa el contenido de la STJCE de 8 de septiembre de 2011 y descartando su aplicabilidad al caso de autos, la lesión del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) no se consumó definitivamente entonces, sino en la posterior resolución del incidente de nulidad de actuaciones.

Es cierto que, en principio, la situación de indefensión se pudo producir ya en la Sentencia de apelación, pues fue entonces cuando habría tenido lugar la preterición del sistema de fuentes como consecuencia de la interpretación judicial autónoma del Derecho de la Unión incumpliendo el deber de planteamiento de la cuestión prejudicial. En la Sentencia de apelación el órgano judicial se limitó a resaltar la diferente significación de la antigüedad en el concurso de méritos del que trae causa el recurso de amparo y el proceso de promoción interna analizado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011, pero no ofreció ninguna razón que explicitara por qué, desde la óptica de la Directiva 1999/70, la antigüedad obtenida como funcionario interino merece un tratamiento diferente, según se trate de un concurso de méritos o un procedimiento de promoción interna. Ahora bien, como hasta ese momento el recurrente no había podido prever la preterición del sistema de fuentes, tampoco pudo haber alegado respecto a la necesidad de plantear la cuestión prejudicial. Con la interposición del posterior incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de apelación, en los concretos términos en que aquel fue fundamentado, se le daba la oportunidad al órgano judicial de remediar esa situación de indefensión o, alternativamente, de justificar su decisión de no planteamiento con arreglo a las condiciones establecidas en el art. 267 TFUE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, el recurrente fundamentó el incidente en la inaplicación al caso concreto del criterio resultante de la Sentencia del Tribunal de Justicia referida en la propia Sentencia impugnada, que interpretaba una norma de Derecho de la Unión, reclamando que la base de la razón de decidir en el caso de autos debía ser la misma que la utilizada en aquella Sentencia, y, alternativamente, en el incumplimiento del deber del órgano judicial de plantear cuestión prejudicial si tenía dudas sobre la aplicabilidad del referido criterio del Tribunal de Justicia. El demandante invocó entonces con total pertinencia sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y le abrió al órgano judicial la oportunidad de aportar una motivación de las razones por las que a su juicio no procedía el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sin embargo, el órgano judicial no respondió a las alegaciones del recurrente, ofreciendo como único razonamiento el siguiente: «La petición de la recurrente no puede ser acogida: Entiende que al caso presente existían dudas interpretativas para plantear la cuestión prejudicial, pero en ningún caso que no se planteara implica vulneración alguna del art. 24 C.E. ni que ello cause indefensión alguna» (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de abril de 2012, FJ único).

En nuestra Sentencia, de la que discrepo, se prescinde asimismo de dar contestación a las alegaciones específicas del recurrente contra dicho Auto, limitándose a responder a la argumentación del Ministerio Fiscal al respecto, que concluía con la petición de otorgamiento del amparo precisamente por la improcedente forma de motivar y de excluir la pertinencia de la cuestión prejudicial en la resolución del incidente de nulidad (FJ 4 *in fine*).

A mi juicio, la respuesta del órgano judicial incurrió por sí misma en una incongruencia omisiva vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y, al mismo tiempo, vulneró también el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), al carecer el Auto que resolvía el incidente de la motivación específica que reclama en este ámbito el Derecho de la Unión y que le solicitaba el recurrente. En efecto, mediante el Auto que resuelve el incidente, confirmando plenamente la Sentencia dictada, se evidencia cómo el órgano judicial alcanza por su propia, autónoma y exclusiva convicción la conclusión sobre la forma correcta de interpretar el Derecho de la Unión en relación con las pretensiones de la recurrente, sin aportar elementos externos y objetivos de contraste o de apoyo de esa convicción que acrediten que la misma evidencia será compartida por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y aún por el propio Tribunal de Justicia.

Por todo ello, nuestro fallo debió otorgar el amparo solicitado y, por consiguiente, declarar que el Auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones vulneró el

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), así como el derecho del recurrente a una motivación pertinente conforme a los criterios aplicables a la problemática del planteamiento de la cuestión prejudicial europea y correlativamente su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

3. Por último, quiero recordar la importancia que, tras la nueva configuración del amparo constitucional, adquiere la correcta tramitación de los incidentes de nulidad de actuaciones, remitiéndome a la advertencia que hacíamos en la STC 153/2012, de 16 de julio, de la Sala Segunda: «Una deficiente protección de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional. Es por ello que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión» (FJ 3).

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil catorce.–Adela Asua Batarrita.–Firmado y rubricado.