|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 191/2003 |
| Fecha | de 4 de junio de 2003 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás Salvador Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 1195-2003 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1195-2003 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 3 de marzo de 2003 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al que se acompaña, junto con el testimonio del recurso de suplicación núm. 2581-2002 que se tramita ante dicha Sala, el Auto de 21 de enero de 2003, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 219.2 del texto refundido de la Ley general de la seguridad social (en adelante LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción resultante del art. 88 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por presunta vulneración de los arts. 9.3 y 41 CE.

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

a) Don José Luis de Luzuriaga Barredo venía percibiendo desde julio de 1998 subsidio de desempleo para mayores de 52 años, prestación que fue extinguida por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de noviembre de 2001, de conformidad con los arts. 215.1 y 219.2 LGSS, con efectos de 31 de diciembre de 1998, por dejar de reunir los requisitos exigidos para ser beneficiario, al superar sus rentas el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, límite legalmente establecido para tener derecho al referido subsidio.

b) Como quiera que el Sr. de Luzuriaga Barredo entendía que durante el año 2001 volvía a tener derecho al subsidio, al haber disminuido sus rentas durante ese año por debajo del referido límite del 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, con fecha 28 de septiembre de 2001 volvió a solicitar el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, solicitud que le fue denegada por el INEM en resolución de 14 de enero de 2002 (confirmada por resolución de 5 de marzo de 2002, que desestima la reclamación previa), por considerar que el solicitante, tras la extinción del subsidio conforme a lo dispuesto en el art. 219.2 LGSS, no se encuentra de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el art. 215.1 LGSS.

c) Contra esta resolución el Sr. de Luzuriaga Barredo interpuso demanda, que fue estimada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián mediante Sentencia de 10 de septiembre de 2002 (autos núm. 252-2002), reconociendo el derecho de la demandante a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años con efectos desde la solicitud (29 de septiembre de 2001). En dicha Sentencia se interpretan los arts. 215.1 y 219.2 LGSS resolviendo que se puede acceder al subsidio por desempleo para mayores de 52 años que se hubiera extinguido por superar las rentas el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, una vez que las rentas vuelven a ser inferiores a dicho límite y el solicitante continúa reuniendo el resto de los requisitos que dieron en su día lugar al reconocimiento del derecho al subsidio conforme al art. 215.1.3 LGSS (tener más de 52 años; carecer de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional; haber agotado la prestación contributiva de desempleo; figurar inscrito como demandante de empleo; tener cotizados más de seis años al desempleo durante la vida laboral; y reunir todos los requisitos, excepto la edad, para acceder a la pensión contributiva de jubilación).

d) Contra dicha Sentencia interpuso el INEM recurso de suplicación, fundado en un único motivo, al amparo del art. 191.c) de la Ley de procedimiento laboral, argumentando la infracción del art. 219.2 LGSS, por entender que dicho precepto exige, para causar derecho al subsidio de desempleo una vez extinguido, que el trabajador vuelva a encontrarse de nuevo en alguno de los supuestos previstos en el art. 215.1 LGSS. Impugnado dicho recurso por el demandante, el Juzgado elevó los autos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, por diligencia de ordenación de 19 de noviembre de 2002, lo registró como recurso de suplicación núm. 2581-2002 y lo turnó al Magistrado Ponente, el cual, instruida del recurso, dictó providencia (sin fecha) dejando las actuaciones pendientes de votación y fallo.

i) Finalmente, sin mediar el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó Auto de 21 de enero de 2003, cuya parte dispositiva acuerda textualmente lo que sigue: "promover cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 219.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, en relación al subsidio por desempleo de mayores de cincuenta y dos años, por su posible vulneración de lo dispuesto en los artículos 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y 41 CE, elevando las presentes actuaciones al Tribunal Constitucional y suspendiendo el curso de las mismas hasta tanto recaiga la oportuna resolución a tal cuestión prejudicial".

3. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones siguientes:

a) Señala en primer lugar la Sala que su fallo depende de la validez de la norma cuestionada, porque entiende que en aplicación del párrafo segundo del art. 219 LGSS (adicionado de conformidad a lo dispuesto en el art. 88 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), el recurso de suplicación interpuesto por el INEM debería ser estimado. La Sala considera que lo dispuesto en dicho precepto impide otorgar al demandante el subsidio por desempleo que solicita, dado que, tras extinguirse el que venía disfrutando por superar temporalmente el nivel de rentas establecido, no ha vuelto a encontrarse de nuevo en ninguna de las situaciones previstas en los apartados 1.1, 1.2, 1.3 ó 1.4 del art. 215 LGSS que dan derecho a un nuevo subsidio.

b) La norma cuestionada contraviene los arts. 9.3 y 41 CE. Argumenta la Sala que, a diferencia del resto de prestaciones por desempleo, que tienen una duración determinada, el subsidio para mayores de 52 años contemplado en el artículo 215.1.3 LGSS se extiende hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación. Esta ampliación de la duración máxima del subsidio por desempleo para mayores de 52 años hasta que el trabajador alcance la edad para obtener pensión contributiva de jubilación supone que el legislador ha tenido en cuenta la extraordinaria dificultad para el acceso al mercado de trabajo de los parados mayores de dicha edad, pero esa protección especial queda realmente sin efecto una vez extinguido el derecho al subsidio ante la imposibilidad práctica de obtener un nuevo subsidio. Y ello en cualquiera de los dos supuestos de extinción previstos en el art. 219.2 LGSS, esto es, tanto por dejar de tener responsabilidades familiares como por superación de rentas, porque en cualquiera de los dos casos es posible que las dos causas de extinción remitan (la superación del nivel de rentas puede ser meramente temporal o se pueden dejar de tener responsabilidades familiares y posteriormente surgir otras nuevas), sin que ello dé automático derecho a reanudar el percibo del subsidio, aún manteniéndose, claro está, el resto de requisitos. En suma, entiende la Sala que una vez regulado el subsidio por desempleo para mayores de 52 años sin más límite para su duración que el pasar a percibir prestación de jubilación, resulta contrario al art. 41 CE el modo en que se ha regulado el acceso al nuevo subsidio una vez extinguido el anterior, porque ello no garantiza una protección social suficiente ante esa situación de necesidad.

Esto mismo implica, a juicio de la Sala proponente de la cuestión, la vulneración del artículo 9.3 CE, en cuanto proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues el impedimento del acceso al subsidio por desempleo para mayores de 52 años una vez desaparecida la causa que dio lugar a la extinción del mismo constituye una determinación del legislador que no es respetuosa con su propio criterio de considerar el desempleo de mayores de 52 años como situación de necesidad a proteger específicamente y que supone, de facto, la imposibilidad de acceder al subsidio a quien lo vio extinguido por una causa que no ha perdurado en el tiempo, de manera que la situación de necesidad ha vuelto a resurgir en idénticos o similares términos que antes de la extinción del subsidio. En definitiva, el art. 219.2 LGSS es una norma arbitraria porque no responde a la propia finalidad que motivó la regulación del subsidio de desempleo para mayores de 52 años como situación de necesidad especialmente protegida ni es acorde con la filosofía que inspiró la creación de dicho subsidio.

4. Mediante providencia de 25 de marzo de 2003, la Sección Segunda de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de la exigencia del trámite de audiencia (art. 35.2 LOTC), así como por la posible falta de fundamento de la cuestión suscitada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 15 de abril de 2003, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por omisión del trámite de audiencia y por resultar notoriamente infundada. Señala el Fiscal General del Estado en primer lugar que el examen de las actuaciones revela que el órgano judicial proponente de la cuestión ha omitido el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, requisito inexcusable cuyo incumplimiento determina la inadmisibilidad de la cuestión planteada (por todos, AATC 121/1998, 193/2001 y 199/2001). Asimismo considera el Fiscal General del Estado que la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por resultar notoriamente infundada, de conformidad con el art. 37.1 LOTC, pues los argumentos por los que el órgano judicial proponente de la cuestión considera que el art. 219.2 LGSS resulta contrario a los arts. 9.3 y 41 CE no pueden ser atendidos. El sistema de protección de la Seguridad Social no es sino el desarrollo legislativo del mandato impuesto al legislador por el art. 41 CE, en virtud del cual se han establecido en la LGSS una serie de prestaciones ante determinadas situaciones de necesidad, entre ellas aquella en la que se encuentran los ciudadanos desempleados mayores de 52 años. Ahora bien, el contenido, nivel y condiciones de dicha prestación, como de cualquier otra, compete en exclusiva al legislador, atendiendo a las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los distintos grupos sociales a satisfacer, conforme es doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 65/1987, 134/1987, 116/1991, 184/1993, 359/1993, 38/1995 y 77/1995, entre otras). Y así en este caso el art. 219.2 LGSS contempla una causa de extinción del subsidio (superar el límite de rentas establecido), optando en tales supuestos, para volver a percibir el subsidio, por exigir el cumplimiento ex novo de los requisitos establecidos en el art. 215 LGSS, que presuponen una reincorporación al mercado laboral y el subsiguiente agotamiento, en su caso, de una prestación contributiva de desempleo, regulación ésta que, al margen de la personal idea de justicia que cada cual tenga, obedece a la libertad que tiene el legislador para decidir el nivel y condiciones de las prestaciones sociales en atención a las circunstancias expresadas.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea, por medio de Auto de 21 de enero de 2003, la posible inconstitucionalidad del art. 219.2 LGSS, en la redacción resultante del art. 88 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por presunta vulneración de los arts. 9.3 y 41 CE, pues entiende la Sala que la norma cuestionada, al establecer que tras la extinción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un nuevo derecho al subsidio si vuelve a encontrarse en alguna de las situaciones previstas en el art. 215.1 LGSS y reúne los requisitos exigidos para causar derecho a la prestación, supone privar arbitrariamente de protección social a los desempleados mayores de 52 años cuyo subsidio se extingue como consecuencia de la superación del límite de rentas establecido, habida cuenta de la improbabilidad de que dichas personas vuelvan a cumplir los requisitos exigidos para tener derecho al referido subsidio. El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por omisión del trámite de audiencia y por notoriamente infundada, conforme ha quedado expuesto.

2. Es necesario recordar una vez más que el art. 37.1 LOTC habilita a este Tribunal a rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales. Entre las citadas condiciones procesales debe incluirse el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, previsto en el art. 35.2 de la misma Ley, para que puedan alegar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. El citado trámite, como hemos indicado en anteriores ocasiones, 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 de poner a disposición del órgano judicial 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, 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. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; y AATC 136/1995, de 9 de mayo, FJ único; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1; 72/2002, de 23 de abril, FJ 2 y 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2, entre otros muchos).

Pues bien, en el presente caso el requisito de la previa audiencia de las partes acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 LOTC) no ha sido cumplido por el órgano judicial, que ha omitido por completo dicho trámite, por lo que ni las partes ni el Ministerio Fiscal han podido pronunciarse sobre la duda de inconstitucionalidad del precepto legal al que se refiere el Auto de planteamiento de la cuestión. La omisión de dicho requisito inexcusable constituye un defecto sustancial en el modo de proposición de la cuestión de inconstitucionalidad que determina la inadmisión de la misma conforme a la doctrina anteriormente citada, lo que torna innecesario que nos pronunciemos sobre si la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial resulta, además, notoriamente infundada.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a cuatro de junio de dos mil tres.