|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 124/2009 |
| Fecha | de 28 de abril de 2009 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 4434-2008 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 4434-2008 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 9 de junio de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, al que se acompaña, junto con el testimonio de los autos 1031-2007 que se tramitan ante dicho Juzgado, el Auto de 28 de mayo de 2008, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), por la posible vulneración de los arts. 14, 23.2 y 103 CE.

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

a) Don Francisco Javier Moreno Delgado y don Jonathan Mesado Sánchez presentaron demanda iniciadora de procedimiento ordinario contra Bai Promoción de Congresos S.A., y Televisión Española, S.A., solicitando que se declarase la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cesionaria Televisión Española, S.A., y la cedente Bai Promoción de Congresos, S.A., así como su derecho a adquirir la condición de personal laboral fijo en la primera de ellas.

Celebrada la vista oral, el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid dictó providencia, de 11 de abril de 2008, acordando la suspensión del plazo para dictar Sentencia y confiriendo a las partes y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que pudieran alegar lo que desearan acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 LET, de conformidad con el art. 35.2 LOTC. Razonaba la resolución que en el caso de autos, de acuerdo con la doctrina judicial pacífica (elaborada por el Tribunal Supremo a raíz de su Sentencia de 20 de enero de 1998), procedería la declaración de laboralidad y del carácter indefinido (sin fijeza en plantilla) de la relación contractual, pese a que los demandantes no fueron objeto de selección a través de los procedimientos reglados que garantizan los principios constitucionales consagrados en los arts. 14, 23.2 y 103 CE. Consideraba el juzgador que, frente a ello, lo procedente sería declarar la nulidad de la contratación, sin perjuicio del abono de los salarios devengados (art. 9.2 LET) y de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios. La cuestión de inconstitucionalidad afectaría por tanto, concluía la providencia, a la interpretación que la comunidad jurídica viene dando de los arts. 8.1; 15.1, 15.3 y 43.4 LET, que podría resultar no ajustada al mandato constitucional.

La representación procesal de Bai Promoción de Congresos, S.A., formuló sus alegaciones sin indicar expresamente si participaba o no de la opción de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, oponiéndose a ello la parte demandante y el Ministerio Fiscal.

b) Finalmente, la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 28 de mayo de 2008.

3. El Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente se expresan:

Afirma en primer lugar que la cuestión tiene por objeto el estudio de la adecuación a los arts. 14; 23.2 y 103 CE del art. 8.1 LET, que establece la presunción de existencia de contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél; del art. 15.2 LET, a cuyo tenor, según el juzgador, “de no observarse tal exigencia (la forma escrita) el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”; del art. 15.3 del cuerpo legal citado, en cuya virtud se presumen por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley, y del 43.4 LET que dispone que los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

Aclara seguidamente que el cuestionamiento de dichas normas no es genérico y universal sino sólo en la medida en que el contrato de prestación de servicios comporte la ejecución de funciones públicas al servicio de Administraciones públicas, ya que en ese ámbito se produce la colisión con normas constitucionales que imponen procedimientos y garantías específicas de acceso al empleo público.

Recogiendo los detalles del caso, y para justificar la relevancia de aquellas normas en su resolución, describe que “la supuesta contrata” que concertaron TVE, S.A., y Bai Promoción de Congresos, S.A., determinante de un tráfico prohibido de trabajadores según los demandantes, carecía efectivamente de la necesaria autonomía, al no tener como objeto la realización de una obra o el arrendamiento de unos servicios dotados de sustantividad, revelándose que carecía asimismo de la precisa justificación técnica y que el control global del proceso productivo permanecía en todo momento en manos de TVE, S.A., quien ostentaba la condición de empresario por más que el “contratista” ejercitase facultades fragmentarias y marginales. De ello, concluye, se infiere la existencia de una cesión ilegal de trabajadores.

Siendo así, en consecuencia, resultarían en principio de aplicación los preceptos cuestionados. A saber: el art. 8.1 LET conduce a la conclusión de que existe un contrato de trabajo entre los trabajadores demandantes y TVE, S.A.; el art. 15.2 LET obligaría a declarar que el contrato entre las partes es por duración indefinida, por razones formales; y el art. 15.3 LET abundaría en la misma conclusión, pues la comunidad jurídica de manera unánime interpreta que el carácter indefinido del contrato es la consecuencia del fraude.

Destaca a renglón seguido que la jurisprudencia unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo distingue los efectos de la contratación temporal defectuosa cuando se produce en el ámbito de las Administraciones públicas y cuando se da en el sector privado empresarial. Y que en Sala General, en Sentencia de 20 de enero de 1998 que ha sido corroborada por múltiples pronunciamientos posteriores, el Alto Tribunal ha establecido una solución interpretativa presentada como una fórmula de composición armónica entre los ordenamientos jurídicos administrativo y laboral. Solución que consiste en distinguir indefinitud y fijeza, declarándose en casos de irregularidades en la contratación en el empleo público que la relación es indefinida, no fija, por cuanto esta última sólo puede adquirirse por los procedimientos reglados, mientras que aquélla queda referida a una situación de interinidad indefinida hasta la cobertura de la vacante o hasta la amortización de la plaza. Esto es, la solución implica un tipo de “contrato de trabajo por duración determinada” o temporal pero inicialmente indefinida.

Esa doctrina, prosigue después, se ha extendido también a supuestos como el de autos, declarándose la “indefinitud sin fijeza” de la relación contractual en casos de cesión ilegal de trabajores a una Administración pública, de lo cual deduce la proyección y aplicabilidad al supuesto enjuiciado del “derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria” que regula el art. 43.4 LET.

En opinión del juzgador, sin embargo, tanto los preceptos cuestionados como esa interpretación jurisprudencial correctora en su aplicación al empleo público entran en colisión con las previsiones constitucionales de referencia (arts. 14, 23.2 y 103 CE) cuando el defecto sustancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público.

Y así ocurre en el caso de autos. En primer lugar porque la contratante es Televisión Española, S.A., una corporación que, con sus filiales, constituye el entramado gestor de los medios de comunicación de titularidad estatal, cuya actividad ha de regirse por un “criterio de servicio público”. Esta especial configuración encuadra los cargos y funciones desarrollados en TVE, S.A., entre los “cargos y funciones públicas” en el sentido que emplea el art. 23.2 CE y en la “función pública” a la que se remite el art. 103 CE. En segundo lugar porque la contratación de los demandantes, al ser realizada por una tercera empresa privada y ajena al servicio público, —la codemandada Bai Promoción de Congresos, S.A.—, no estuvo sometida a requisito alguno de publicidad o evaluación de sus méritos o capacidad (art. 103 CE), produciéndose al margen de las exigencias del art. 23.2 CE. Y finalmente porque, siendo así, de prosperar su acción por aplicación de aquellos preceptos y doctrina jurisprudencial se situaría a los demandantes dentro de las funciones y cargos públicos por una vía privilegiada y fraudulenta, eludiendo el mandato constitucional de acceso “en condiciones de igualdad … con los requisitos que señalen las leyes” (art. 23.2 CE).

Por ello, los arts. 8.1; 15.2, 15.3 y 43.4 LET infringen los arts. 14, 23.2 y 103 CE, en lo que afecta a su aplicación a la contratación temporal, o incluso fija, en el empleo público, siempre que se haya incurrido en el defecto sustancial cualificado de la omisión del procedimiento de selección previsto o que no se hayan satisfecho los principios establecidos en los arts. 23.2 y 103 CE. En opinión del juzgador, en esos supuestos no procedería convalidar la contratación como de duración indefinida, conforme a la jurisprudencia correctora del Tribunal Supremo, sino declararla nula e ineficaz, sin perjuicio de la eficacia limitada que previene el art. 9.2 LET (abono de los salarios correspondientes) e, incluso, de la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

Y concluye: el principio de igualdad formal resulta malparado si alguien puede acceder a un puesto público sin ser objeto de un procedimiento de selección objetivo, pues se le privilegia frente a los demás ciudadanos. Que la relación se convalide como “meramente indefinida” y no fija, no esconde que se beneficia a quien así accede, proporcionándole ventajas como el disfrute de un empleo y unas remuneraciones públicas por tiempo indeterminado, además de una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante por el procedimiento reglado. Desigualdad que no se produce sólo frente al resto de los ciudadanos que no acceden al empleo público, sino también frente a los contratados en régimen de temporalidad con cumplimiento de los requisitos, al ocasionarse la coexistencia de dos grupos de trabajadores temporales en activo: los contratados regularmente o con defectos sustanciales no transcendentes y los contratados con omisión cualificada del procedimiento de selección.

4. Mediante providencia de 17 de noviembre de 2008 la Sección Tercera 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, por si fuere notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el día 16 de enero de 2009. a) Advierte en primer lugar la falta de correcta identificación en la providencia que daba traslado a las partes a los efectos del art. 35.2 LOTC de todos los artículos del Estatuto de los trabajadores que más tarde se incluyen en el Auto de planteamiento. Concretamente, el art. 15.1 LET, al que se hacía referencia en la providencia, es permutado más tarde por el art. 15.2 LET, no habiendo tenido oportunidad las partes de manifestarse sobre la inconstitucionalidad del último precepto citado.

b) Existe además una confusión en relación con el mencionado art. 15.2 LET, pues el tenor normativo que el órgano judicial reproduce no se corresponde con dicho precepto sino con el art. 8.2 LET, de modo que resulta imposible conocer si se cuestiona uno u otro, o bien los dos, que, de cualquier modo, son ajenos a la resolución del caso vistas las circunstancias del supuesto de hecho.

c) Centrándose en el juicio de relevancia, el escrito afirma que en la providencia de 11 de abril de 2008 el órgano judicial no hacía depender el fallo del tenor de las normas cuestionadas sino de la interpretación que la comunidad jurídica viene dando a dichos artículos. En el Auto de planteamiento, sin embargo, el órgano judicial modifica la exposición y efectúa determinadas consideraciones acerca de la labor integradora del ordenamiento jurídico por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sosteniendo la íntima relación entre las normas que cuestiona y su exégesis.

Pues bien, al margen de que en mera hipótesis resultaría admisible la aplicación de la norma de modo diverso al establecido por el Tribunal Supremo, se constata adicionalmente que la labor integradora llevada a cabo por el Alto Tribunal se dirige precisamente a adecuar los preceptos cuestionados a los mandatos constitucionales, limitándose el Juzgado de lo Social a discrepar de los efectos que, según aquella jurisprudencia, deben derivarse de una irregular contratación laboral por parte de la Administración, ofreciendo una interpretación alternativa que intenta imponer por la extraordinaria vía de la cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, a juicio del Fiscal General del Estado no se plantea que los arts. 8.1, 15.3 y 43.4 LET sean contrarios a la Constitución, sino que se cuestiona cómo acomodarlos a ésta, con lo que el propio órgano judicial está reconociendo la facultad de integrar la norma de legalidad con la Constitución, revelándose de ese modo la improcedencia e inutilidad del planteamiento de este proceso constitucional de depuración del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, añade su escrito, en última instancia se está solicitando al Tribunal Constitucional que expulse del ordenamiento jurídico unas normas porque no contemplan un determinado supuesto (casos de omisión del procedimiento de selección), pretendiendo de ese modo convertirle en un legislador positivo y soslayando que en esta ocasión es posible integrar la denunciada insuficiencia con una razonada interpretación de las previsiones normativas.

d) Termina su escrito de alegaciones refiriéndose a la concurrencia de la causa de inadmisión de la falta notoria de fundamento. En relación con ello considera que la solución interpretativa ofrecida por el Tribunal Supremo deja abierta la posibilidad de cobertura regular de la plaza por parte de cualquier aspirante. Por otro lado, respecto del contraste que se invoca con los trabajadores temporales que se han vinculado con la Administración a través de procedimientos reglados, se plantearía una supuesta discriminación por indiferenciación, de la que no cabe hablar según reiterada jurisprudencia constitucional. Asimismo, finalmente, califica de exorbitante la conclusión que alcanza el Juzgado de lo Social al amparo del art. 103.3 CE, puesto que los requisitos en la composición de las plantillas al servicio de la Administración pública no suponen de forma incontestada que las decisiones que se aparten de su estricto cumplimiento deban verse abocadas a la nulidad radical y no a cualquier otra situación jurídica que el ordenamiento pueda contemplar.

Por todo lo expuesto, estima el Fiscal General del Estado que la cuestión de inconstitucionalidad no respeta la exigencia del trámite de audiencia, que su planteamiento no cumple los requerimientos de los denominados juicios de aplicabilidad y de relevancia, y que resulta notoriamente infundada, interesando su inadmisión.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por vulneración de los arts. 14, 23.2 y 103.3 CE. Por su parte, el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

2. Y, en efecto, esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida a trámite por las razones que seguidamente se exponen.

Se advierte, en primer lugar, que no se han satisfecho adecuadamente los requisitos procesales establecidos en el art. 35.2 LOTC, entre los que figura la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal con carácter previo a la elaboración del Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial promotor de la misma. Acerca de este trámite hemos señalado, entre tantos otros en el ATC 202/2007, de 27 de marzo, que responde al doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional 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. Es por lo tanto, dijimos en aquel Auto con cita del ATC 295/2006, de 26 de julio, FJ 1, “un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite 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; 152/2000, de 13 de junio, FJ 2; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1, 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2; y 164/2006, de 9 de mayo, FJ único, entre otros muchos)”. Igualmente hemos hecho hincapié en que “la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas” (STC 140/2008, de de 28 de octubre, FJ 2, y ATC 33/2009, de 27 de enero, FJ 2, por todos).

En este caso se plantea, como ya hemos tenido ocasión de indicar, cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 LET, resultando que, sin embargo, en la providencia que daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal del trámite de audiencia contemplado en el art. 35.2 LOTC, no se mencionaba el art. 15.2 de la citada norma. La providencia de 11 de abril de 2008 hacía referencia, además de a los arts. 8.1, 15.3 y 43.4 LET, al art. 15.1 de la misma Ley, luego sustituido en el Auto de planteamiento por el art. 15.2 LET, transcribiendo el juzgador, por lo demás, no el contenido de éste sino la regulación del art. 8.2 LET, formalmente no cuestionado. A tal constatación del defecto, de por sí decisiva, se suma el hecho de que en la citada providencia no había dato ni referencia alguna que permitiera vincular inequívocamente la cuestión planteada con el contenido regulador que el Auto de planteamiento asigna al precepto que finalmente se invoca (el art. 15.2 LET, aunque en relación con el contenido del art. 8.2 LET, sobre la forma escrita de ciertos contratos y los efectos de su incumplimiento) por lo que no puede hablarse de un mero error que no introdujo confusión acerca de cuáles eran los correctos términos en que se planteaba la duda de inconstitucionalidad (STC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 2), sino, respecto del art. 15.2 LET, por el contrario, de un incumpliendo de la finalidad sustancial de la audiencia prescrita en el art.35.2 LOTC.

En consecuencia, hemos de concluir que resulta inadmisible la presente cuestión en cuanto atañe al art. 15.2 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

3. Por lo que se refiere a las normas legales restantes sobre cuya constitucionalidad se formulan las dudas (art. 8.1, 15.3 y 43.4 LET), debe entenderse cumplido aquel requisito y, asimismo, satisfecho el juicio de relevancia, contemplado en el art. 35.1 LOTC en desarrollo de lo dispuesto en el art. 163 CE, que ha sido definido por este Tribunal como “el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso a quo depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada” (entre otras muchas, SSTC 48/2005, de 3 de marzo, FJ 3, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4).

En esta ocasión, la controversia procesal versa sobre la concurrencia o no de una cesión ilegal de trabajadores. El Auto de planteamiento justifica que, en vista de las circunstancias del caso, la auténtica relación laboral se articula entre los demandantes y TVE, S.A., lo que explica que se traiga a colación la presunción de laboralidad del art. 8.1 LET. En el mismo sentido puede entenderse la invocación del art. 15.3 LET, relativo a la existencia de fraude en la contratación y sus efectos en la calificación de la duración del vínculo, fraude al que los demandantes se referían en su demanda -denunciando que los contratos concertados no se ajustaban a la realidad ni en la identidad del verdadero empresario, ni en las causas consignadas en los mismos- y que el órgano judicial apunta en la argumentación expuesta en el Auto de planteamiento al recoger las circunstancias del supuesto de hecho. La relevancia del art. 43.4 LET, por su parte, queda fuera de toda duda, pues es patente que de él, de estimarse concurrente la cesión ilegal, podría derivarse en última instancia el acceso al empleo público en las condiciones que el órgano proponente cuestiona (esto es, en los términos declarados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —-indefinición sin fijeza—, pues éste, como afirma el órgano judicial proponente, ha declarado en diversas Sentencias dictadas en unificación de doctrina que el trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal no adquiere en la Administración la condición de fijo de plantilla, pero sí la de trabajador por tiempo indefinido, en los mismos términos que sentó su Sentencia de Sala General de fecha 20 de enero de 1998 para supuestos de contratación temporal irregular celebrada al amparo del art. 15 LET).

No obstante ello el Fiscal General del Estado discute que se haya satisfecho en el planteamiento de esta cuestión el requisito de la correcta formulación del juicio de relevancia, argumentando al efecto que el propio órgano judicial reconoce la posibilidad de integrar la norma legal cuestionada con la Constitución, lo que revela la improcedencia e inutilidad del planteamiento de este proceso constitucional de depuración del Ordenamiento jurídico.

Frente a dicha alegación ha de recordarse que, en efecto, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno la de dirimir controversias interpretativas sobre la legalidad planteables entre órganos jurisdiccionales o la de resolver dudas sobre el alcance de un determinado precepto legal, tareas para las que el Ordenamiento jurídico tiene establecidos otros cauces. La función de la cuestión de inconstitucionalidad se concreta en el enjuiciamiento de la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma con rango de Ley que sea aplicable al caso en el que la cuestión se plantea y de cuya validez dependa el fallo a pronunciar por el Juez o Tribunal que la propone (SSTC 114/1994, de 14 de abril, FJ 2; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 2, o 131/2006, de 27 de abril, FJ 4).

Ahora bien, tal criterio no obsta que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulte procesalmente viable desde ese enfoque: el nexo de dependencia que ha de existir entre el fallo del proceso y la validez o invalidez de las normas cuestionadas aparece suficientemente exteriorizado en el Auto de planteamiento, dado que el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de unos preceptos legales aplicables al caso, de cuya validez depende la decisión del proceso a quo y a cuyo tenor literal (en la interpretación dada por la jurisprudencia) se considera sujeto, sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que realiza sobre dicha sujeción.

Por lo demás, aunque se advierte que el Juzgado de lo Social formula una interpretación alternativa de los preceptos cuestionados, hemos tenido ocasión de declarar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma que sea conforme a la Constitución no permite considerar la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 CE y el art. 35 LOTC se limitan a exigir como único requisito de fondo el que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme a la Constitución. Y, si bien el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dice textualmente que “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”, tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC, que, por el contrario, ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme a la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1, y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 2; y ATC 328/2007, de 12 de julio, FJ 2).

Dicho en otras palabras, el órgano proponente aporta una tesis interpretativa alternativa a la solución hermenéutica sentada en esos casos por el Tribunal Supremo. Y aunque es cierto que, tras exponer esas tesis contradictorias, efectúa ciertas afirmaciones favorables a la constitucionalidad de las normas cuestionadas en la interpretación alternativa que postula para el supuesto de referencia (omisión cualificada del procedimiento reglado de selección en el acceso al empleo público), la existencia de esa alternativa no limita, según acabamos de indicar, la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que, aun cuando en la promoción de ella se hayan hecho indicaciones o sugerencias sobre la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales cuestionados, ésta no es razón bastante para decretar su inadmisibilidad (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2, y 126/1997, de 3 de julio, FJ 3).

Por todo lo cual ha de rechazarse la objeción formulada por el Fiscal General del Estado.

4. Aunque en el sentido descrito pueda considerarse que la cuestión de inconstitucionalidad cumple los requisitos procesales establecidos para su admisión, ha de ser, no obstante, inadmitida por resultar notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

Es doctrina constitucional reiterada la de que la expresión “cuestión notoriamente infundada” encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un cierto margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (por todos ATC 306/2008, de 7 de octubre, FJ 3). En tal sentido hemos considerado notoriamente infundadas las cuestiones en las que “la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas se basa en una interpretación de las mismas, o del precepto constitucional con el que se le supone en conflicto, absolutamente diversa de la que es común en nuestra comunidad jurídica o de la que haya sido ya consagrada por este Tribunal” (entre otros, AATC 352/1990, de 2 de octubre, FJ único, y 102/2004 de 13 de abril, FJ 1).

Pues bien, descartado como vimos el art. 15.2 LET, la cuestión se promueve en relación con los arts. 8.1, 15.3 y 43.4 LET, limitándose en el planteamiento que formula el Juzgado de lo Social a la prestación de servicios que comporte la ejecución de funciones públicas al servicio de Administraciones públicas. A su juicio, los preceptos cuestionados —en la interpretación jurisprudencial correctora realizada por el Tribunal Supremo— entrarían en colisión con las previsiones constitucionales (arts. 14, 23.2 y 103 CE) cuando el defecto sustancial en la contratación consista en la omisión cualificada del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público, supuestos en los que considera que no correspondería convalidar la contratación como de duración indefinida, sino declararla nula e ineficaz, sin perjuicio de la eficacia limitada que previene el art. 9.2 LET (abono de los salarios correspondientes) e, incluso, de la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

De acuerdo con dicho planteamiento, sin entrar en consideraciones adicionales, basta advertir que el empleo que realiza el órgano judicial de la facultad que la Constitución y la LOTC le reconocen para plantear cuestiones de inconstitucional incurre, en esta ocasión, en uno de los motivos que determinan que la formulada resulte notoriamente infundada, pues no toma en consideración la jurisprudencia constitucional (AATC 352/1990, de 2 de octubre, FJ único, y 102/2004, de 13 de abril, FJ 1, antes citados).

En efecto, en el ATC 364/1991, de 10 de diciembre, al igual que en otros previos que en él se citan, dispusimos que las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. La contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad.

Pues bien, a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas, como por ejemplo la que el Juzgado de lo Social propone, la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 10 in fine), ya que en todo caso impide (con la indefinitud frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución.

Incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores, pues una cosa es la necesidad de respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o la de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre).

En definitiva, la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas olvida que de nuestra jurisprudencia se deduce la constitucionalidad de opciones interpretativas como las que concreta la jurisprudencia unificada en la materia, lo que determina que la cuestión resulte notoriamente infundada.

Por todo lo cual, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintiocho de abril de dos mil nueve.