|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 164/2006 |
| Fecha | de 9 de mayo de 2006 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, 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 | 1095-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1095-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 6 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al que se acompaña, junto con el testimonio del recurso de suplicación núm. 3870-2004 que se tramita ante dicha Sala, el Auto de 16 de diciembre de 2005, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 211.1 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por presunta vulneración de los arts. 14 y 39 CE.

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

a) El Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) interpuso recurso de suplicación (núm. 3870- 2004) contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona de 15 de enero de 2004, dictada en autos núm. 446-2003, por la que se estima la demanda formulada por doña Esperanza Bonilla Santos, reconociendo a ésta el derecho a percibir la prestación de desempleo conforme a lo dispuesto en el art. 211.1 LGSS para el cálculo de la base reguladora, pero computando como si se hubiera cotizado por jornada completa durante el periodo en el que la trabajadora realizó una jornada reducida en un tercio por guarda legal de su hijo (con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social y a la protección por desempleo), acogiéndose al derecho contemplado en el art. 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET).

b) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó providencia de 15 de septiembre de 2005 en el recurso de suplicación núm. 3870-2004, pendiente de votación y fallo, por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días, de conformidad con el art. 35.2 LOTC, sobre la pertinencia de plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, ha revisado a partir de su Sentencia de 27 de octubre de 2004 su anterior doctrina sobre cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, estableciendo ahora que para ese cálculo “hay que estar a la base correspondiente a los 180 días anteriores al inicio de la prestación, sin excepciones relacionadas con el uso de otros derechos pues no lo contempla la norma, artículo 212 de la LGSS, a cuyo tenor literal debe estarse”.

c) La representación procesal de doña Esperanza Bonilla Santos presentó su escrito de alegaciones con fecha 29 de septiembre de 2005, en el que solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 211.1 LGSS, por ser contrario a los arts. 9.2, 14 y 39.1 CE.

Ni el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) ni el Ministerio Fiscal formularon alegaciones.

d) Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el Auto de 16 de diciembre de 2005 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 211.1 LGSS, por presunta vulneración de los arts. 14 y 39 CE, en relación con la situación de las trabajadoras que optan por ejercer el derecho a la reducción de jornada por razón de guarda legal previsto en el art. 37.5 LET.

3. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en su Auto de 16 de diciembre de 2005 en las consideraciones que seguidamente se expresan.

Señala en primer lugar la Sala que su fallo depende de la validez de la norma cuestionada, porque entiende que en aplicación del art. 211.1 LGSS el recurso de suplicación interpuesto por el INEM debería ser estimado. La Sala considera que lo dispuesto en la norma cuestionada impide otorgar a la demandante en el proceso a quo la prestación por desempleo en la cuantía que solicita, dado que, al haberse acogido al derecho de jornada reducida por guarda legal de hijo menor (con la consiguiente disminución proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social y a la protección por desempleo), previsto en el art. 37.5 LET, el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo resulta afectado por el periodo de cotización reducida que ha tenido dentro de los 180 días anteriores a la fecha en que pasó a la situación legal de desempleo.

A juicio de la Sala, el art. 211.1 LGSS contraviene los arts. 14 y 39 CE, sin que sea posible la adecuación de la norma cuestionada a los referidos preceptos constitucionales por vía interpretativa, toda vez que el tenor del art. 211.1 LGSS es categórico, al no contemplar excepciones, ni siquiera en el supuesto del derecho previsto en el art. 37.5 LET, a lo que se añade que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación para la unificación de doctrina, ha revisado a partir de su Sentencia de 27 de octubre de 2004 su anterior criterio sobre cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, estableciendo ahora que para ese cálculo hay que estar a la base de cotización por dicha contingencia correspondiente a los 180 días anteriores al inicio de la prestación, sin excepciones relacionadas con el uso de otros derechos, pues no lo contempla el art. 211.1 de la LGSS, en relación con el art. 211.4 LGSS.

Argumenta la Sala que el art. 211.1 LGSS vulnera el art. 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación por razón de sexo), en relación con el art. 39 CE (protección de la familia). Es un hecho notorio —se razona—, avalado por la estadística (se aporta al efecto información elaborada por el Instituto de la Mujer), que son las mujeres trabajadoras quienes fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada contemplado por el art. 37.5 LET: sobre un total de población femenina ocupada del 39,43 % en el año 2004, de la que el 41% es asalariada, el 99,05 % tiene jornada “parcial” por obligaciones familiares. Quiérese decir que el derecho que consagra el art. 37.5 LET es mayoritariamente ejercido por las mujeres, en función de los roles sociales vigentes sobre las tareas domiciliarias y de atención de los hijos, lo que determina, en el caso de la prestación por desempleo, por aplicación de la regla de cálculo del art. 211.1 LGSS, que las trabajadoras que se acogen a la reducción de jornada se ven perjudicadas en la cuantía de sus futuras prestaciones por desempleo, lo que a juicio de la Sala constituye un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al art. 14 CE. Invoca la Sala la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, en relación con la cotización en los contratos de trabajo a tiempo parcial, así como la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre discriminación indirecta por razón de sexo que en la misma se cita, y concluye que, siendo el art. 211.1 LGSS un precepto de redacción aparentemente neutra, pues regula en abstracto los criterios para el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo, en realidad dicho precepto, como lo demuestran los datos estadísticos que se aportan, impacta de forma negativa sobre el colectivo de mujeres trabajadoras, lo que hace perder “neutralidad” a la norma cuestionada, que constituye un supuesto de discriminación indirecta contra la mujer trabajadora, pues no existe justificación para la imprevisión del legislador en esta materia, al no haber reformado, en aras a la igualdad de oportunidades y a la protección de la familia, el criterio de acceso a la prestación por desempleo en el supuesto de reducción de jornada por cuidado de menores u otros familiares.

A todo ello añade la Sala que si se compara el supuesto de la reducción de jornada por razones de guarda legal con la excedencia voluntaria por cuidado de hijos, en la que la suspensión del contrato opera como un paréntesis a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, resulta que se hace de peor condición a las mujeres que optan por mantener el vínculo laboral, aunque con jornada reducida, frente a quienes optan por la excedencia, desvinculándose temporalmente del mercado laboral.

4. Mediante providencia de 14 de marzo de 2006 la Sección Primera 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 sobre la notoria falta de fundamento de la cuestión suscitada (art. 37.1 LOTC).

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 30 de marzo de 2006, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento del trámite de audiencia y, subsidiariamente, por no justificarse el juicio de relevancia en el Auto de planteamiento de la cuestión. En caso de que se desestimaran ambos óbices procesales, el Fiscal General del Estado considera que la cuestión debiera admitirse para analizar su fondo, por no ser manifiestamente infundada.

Señala el Fiscal General del Estado que la Sala de lo Social no identifica en la providencia de 15 de septiembre de 2005 ningún precepto constitucional hipotéticamente afectado, limitándose a exponer la posibilidad de la inconstitucionalidad del art. 212 (sic) LGSS. Por ello, resulta evidente el defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia (art. 35.2 LOTC), que determina la necesidad de acordar la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene el Fiscal General del Estado que tampoco se cumple el requisito relativo a la justificación del juicio de relevancia, dado que lo que se plantea en realidad por el órgano judicial proponente de la cuestión de inconstitucionalidad es que la actual normativa —presidida por la vigencia del art. 125 LGSS, precepto que determina cuáles son las situaciones asimiladas al alta— no prevé la posibilidad de retrotraer el cómputo de los periodos de ocupación cotizada a fechas anteriores a aquéllas en las que se inicia el periodo de reducción de jornada por razones de guarda legal, en el que se cotiza por una base inferior, de forma que no permite evitar los efectos negativos que se derivan para las trabajadoras, que se ven así discriminadas en la vida laboral en cuanto el ejercicio de tal derecho afecta en mucha mayor medida a las madres trabajadoras que a los varones. Es, por tanto, la ausencia de dicha específica previsión normativa el extremo que la Sala de lo Social estima contrario a la Constitución.

Para el Fiscal General del Estado este planteamiento no justifica la concurrencia del requisito de la relevancia del art. 211.1 LGSS, pues para que pueda entenderse debidamente formulado el juicio correspondiente no basta con invocar la inconstitucionalidad del precepto que se cuestiona, sino que además ha de exponerse en qué concreto sentido aquél condiciona el fallo y no sólo si lo condiciona, pues se hace preciso detallar el modo en que tal subordinación se produce, reseñando la alternativa de la resolución de lo planteado en las hipótesis ideales de constitucionalidad y de inconstitucionalidad de la norma. Este desarrollo es el que no llega a hacerse correctamente en el Auto de planteamiento, pues lo que se denuncia como contrario a la Constitución no es una cierta previsión normativa para un supuesto de hecho, sino precisamente su ausencia, o lo que es igual, la falta de predeterminación por parte del legislador de un concreto supuesto, al que la Sala estima que habrían de extenderse los efectos que la norma contempla para otros distintos, es decir el problema de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”. De esta manera ha de concluirse que falla el soporte del juicio de relevancia, pues en la hipótesis de la inconstitucionalidad del precepto su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico no llevaría aparejada la pervivencia de otra distinta norma en base a la cual pudiera dictarse Sentencia estimatoria de la demanda de la trabajadora en el proceso a quo, por lo que, de conformidad con el ATC 433/2005, de 13 de diciembre, que resuelve el mismo tema de fondo que aquí se plantea (si bien referido al art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad), la cuestión resulta inadmisible por incumplimiento del juicio de relevancia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. 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 éstas debe incluirse el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, previsto en el art. 35.2 LOTC, para que puedan alegar sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. El citado trámite,

como hemos indicado en reiteradas 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 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, y 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2, entre otros muchos).

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 correctamente, lo que determina la inadmisión de la cuestión planteada, como señala el Fiscal General del Estado y como hemos declarado para otra cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto que adolecía del mismo defecto en ATC 56/2006, de 15 de febrero.

En efecto, la providencia de 15 de septiembre de 2005, por la que se acuerda la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, incurre en notorios defectos formales, pues no sólo no se identifica correctamente el precepto legal a cuestionar (se cita el art. 212 LGSS), sino que tampoco se hace mención de los preceptos constitucionales que entiende la Sala que pueden resultar vulnerados.

De las actuaciones resulta que en el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC ni el Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM) ni el Ministerio Fiscal presentaron alegaciones, en tanto que la representación de la demandante en el proceso a quo consideró que el precepto legal a cuestionar era el art. 211.1 LGSS y que resultaba contrario a los arts. 9.2, 14 y 39 CE. En el Auto de planteamiento de la cuestión se establece, finalmente, la duda de constitucionalidad respecto del art. 211.1 LGSS, por presunta vulneración de los arts. 14 y 39 CE, en relación con la situación de las trabajadoras que optan por ejercer el derecho a la reducción de jornada previsto en el art. 37.5 LET, por discriminación indirecta contra la mujer.

La deficiencia advertida en la mencionada providencia afecta al adecuado desarrollo del trámite de audiencia, pues para que su realización pueda cumplir adecuadamente esa doble función resulta inexcusable que el órgano judicial identifique con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad alberga dudas como los artículos del texto constitucional que aquéllos puedan haber infringido, quedando el órgano jurisdiccional vinculado a elevar, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad sobre los concretos preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (por todos, AATC 133/2002, de 16 de junio, FJ 2 y 56/2006, de 15 de febrero, FJ 1).

En definitiva, puesto que en este caso el órgano judicial no ha tenido en cuenta estas exigencias y la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no se ha realizado en los términos que reclama el art. 35.2 LOTC, debemos concluir que no se han satisfecho las condiciones procesales exigidas por el art. 37.1 LOTC, lo que determina su inadmisión por este vicio sustancial de procedimiento.

Por todo lo cual, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, nueve de mayo de dos mil seis.