|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 263/2006 |
| Fecha | de 4 de julio 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 Roberto García-Calvo y Montiel, 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 | 4692-2006 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 4692-2006 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 26 de abril 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. 4406/2004 que se tramita ante dicha Sala, el Auto de 6 de febrero de 2006, 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 del art. 14 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. 4406-2004) contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Reus de 7 de noviembre de 2003, dictada en autos núm. 339/2003, por la que se estimó la demanda formulada por doña Anna María Massó Gispert, 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 50% 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 28 de octubre de 2005 en el recurso de suplicación núm. 4406-2004, pendiente de votación y fallo, por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo de diez días, “sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con lo dispuesto en el art. 211.4 de la LGSS, en la medida en que este precepto no contempla una regulación específica de esta materia para los supuestos en que la reducción de jornada obedece a la causa legal de cuidado de hijo menor”.

c) El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones con fecha 10 de noviembre de 2005, en el que manifiesta que considera pertinente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 211.1 LGSS, por entender que puede ser contrario a los arts. 9.2, 14 y 39 CE. Señala el Fiscal que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en casación para la unificación de doctrina, se ha pronunciado sobre dicho precepto, estableciendo que para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en el supuesto de reducción de jornada por guarda legal de hijo menor 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 LGSS. El Fiscal considera que esta interpretación literal del art. 211.1 LGSS, en los términos que establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede suponer una lesión de los arts. 9.2, 14 y 39 CE cuando es la mujer trabajadora quien se acoge al derecho de reducción de jornada por razones de guarda legal contemplado en el art. 37.5 LET.

Ni la representación procesal de doña Anna María Massó Gispert ni el Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) formularon alegaciones.

d) Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó el Auto de 6 de febrero de 2006 por el que acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 211.1 LGSS, por presunta vulneración del art. 14 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 6 de febrero de 2006 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 Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) debería ser estimado.

La Sala considera que lo dispuesto en la norma cuestionada impediría 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 reducción 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 el art. 14 CE, sin que sea posible la adecuación de la norma cuestionada al referido precepto constitucional 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 2 de noviembre 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 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 LGSS.

Argumenta la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el art. 211.1 LGSS vulnera el art. 14 CE (en su dimensión de prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo). Es un hecho notorio —se razona—, avalado por la estadística (se remite a los datos del Instituto de la Mujer que se pusieron de relieve en anterior cuestión de inconstitucionalidad promovida sobre el mismo precepto legal por la propia Sala, registrada en este Tribunal con el núm. 7643-2005), que son las mujeres trabajadoras quienes fundamentalmente se acogen al derecho de reducción de jornada contemplado por el art. 37.5 LET y asimismo que el desempleo afecta fundamentalmente a las mujeres: según datos del Consejo Económico y Social a septiembre de 2005, la tasa de actividad masculina alcanza el 68,7 %, frente al 46,5 % de tasa de actividad femenina; y el desempleo femenino arroja una tasa del 12,2 %, mientras que el masculino alcanza una tasa del 7,3 %. 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 dicho derecho 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 el Tribunal Constitucional 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.

4. Mediante providencia de 23 de mayo 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 los requisitos procesal (art. 35.2 LOTC), y por si fuere notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 8 de junio de 2006, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por incumplimiento del trámite de audiencia. En caso de que se desestimara dicho óbice procesal, 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 28 de octubre de 2005 ningún precepto constitucional hipotéticamente afectado, limitándose a exponer la posibilidad de la inconstitucionalidad del art. 211.4 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, máxime si se tiene en cuenta que en el Auto de planteamiento de la cuestión ya no se alude al apartado 4 del art. 211 LGSS, sino al apartado 1, no siendo admisible que se plantee una cuestión tal delicada como es la pretensión de expulsión de una norma del ordenamiento jurídico, sin un mínimo de concreción y rigor en la exacta delimitación de su objeto.

Sin perjuicio de lo anterior, sostiene el Fiscal General del Estado que tampoco se cumpliría en el presente caso 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, lo que determinaría la inadmisibilidad de la cuestión por incumplimiento del juicio de relevancia, si bien no es menos cierto —concluye el Fiscal General del Estado— que el Tribunal Constitucional ha considerado ya, en relación con una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la misma Sala respecto del art. 211.1 LGSS bajo los mismos argumentos que la presente, que se cumple el juicio de relevancia, si bien se abstiene de pronunciarse sobre el fondo, en razón de la falta de cumplimiento correcto del trámite de audiencia.

##### 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 28 de octubre 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. 211.4 LGSS, cuando finalmente la cuestión se plantea respecto del art. 211.1 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 la representación procesal de la demandante en el proceso a quo presentaron alegaciones, en tanto que el Ministerio Fiscal 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 del art. 14 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 correcto 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, no pudiendo el órgano jurisdiccional elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre preceptos no 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, a cuatro de julio de dos mil seis.