|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 306/2007 |
| Fecha | de 19 de junio de 2007 |
| 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 | 1553-2003 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1553-2003 |
| Fallo | Declarar la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1553-2003, por desaparición sobrevenida de su objeto. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 18 de marzo de 2003, al que se acompaña el correspondiente Auto de 28 de febrero de 2003, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo segundo, apartado tres, del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por posible vulneración de los arts. 14, 24, 35 y 86.1 CE.

2. La presente cuestión de inconstitucionalidad tiene su origen en la demanda por despido (1034/2002) interpuesta por doña Manuela Carrasco Trujillo y dos más contra la empresa Enaco, SA. Conclusas las actuaciones, el Juez de lo Social dicta providencia de 12 de febrero de 2003 acordando, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, requerir a las partes y al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo previsto en el art. 35 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), para que evacuen trámite de alegaciones sobre la posible inconstitucionalidad del artículo segundo, apartado tercero, del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, por posible vulneración de los arts. 14, 24, 35 y 86.1 CE. En el trámite de alegaciones el Ministerio Fiscal informó en el sentido de considerar procedente el planteamiento de la cuestión, mientras que la entidad mercantil demandada lo hizo en el sentido contrario.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión el órgano judicial lleva a cabo el juicio de relevancia de la norma destacando que de su validez depende el contenido de la Sentencia a dictar, toda vez que, conclusos los autos, se encuentra en condiciones de afirmar que el despido sometido a juicio se encuentra sujeto a la nueva normativa contenida en el Real Decreto-ley 5/2002 y ha de ser declarado improcedente, llevando aparejada tal calificación, conforme a la citada normativa, la consecuencia del devengo de salarios de tramitación sólo si el empresario optara por readmitir a los trabajadores, mientras que en el caso de que optara por indemnizarles no se produciría el devengo de dichos salarios. Por el contrario, si la norma cuestionada fuese nula, como sostiene el proponente, el fallo debería contener la disposición de que cualquiera que fuere el sentido de la opción del empresario, readmitir o indemnizar, debería satisfacer a los trabajadores los salarios correspondientes a la tramitación.

A continuación, el Juez proponente analiza las posibles vulneraciones en que incurre la disposición cuestionada: arts. 14, 24, 35 y 86.1 CE. En primer lugar considera el Juez de lo Social núm. 2 de Badajoz que es patente que, a diferencia de lo que acontecía en la anterior normativa derogada por el RDL 5/2002, en que todo despido calificado como improcedente merecía el mismo tratamiento, dicha unidad de tratamiento ha desaparecido, lo que acreditaría la vulneración del art. 14 CE. Con anterioridad a la reforma que ahora se cuestiona el despido improcedente concedía al empleador una opción entre el cumplimiento de la Sentencia en forma específica (readmisión) o su cumplimiento en forma sustitutoria, mediante el abono de una indemnización resarcitoria, tasada en la Ley como la obligación específica. Además, en todo caso, cualquiera que fuera el sentido de la opción, debía satisfacer los llamados salarios de tramitación. Ahora con la nueva normativa la unidad de tratamiento se rompe porque, aunque se mantiene la opción por el cumplimiento específico o el sustitutorio, sólo procede e1 abono de los salarios de tramitación en el caso de que el empleador optare por la readmisión. Desde la entrada en vigor de la norma, dos trabajadores despedidos el mismo día por la misma empresa o el mismo trabajador, dependiendo en ambos casos de la opción empresarial, van a ser compensados por el mismo hecho objetivo, la calificación de su despido como improcedente, de diferente manera y con indemnizaciones cuantitativa y cualitativamente distintas. Estos dos tratamientos distintos de un mismo fenómeno objetivo -el despido improcedente- no se hacen depender en la regulación contenida en el precepto cuestionado de una decisión judicial fundamentada en hechos objetivos, ni en la decisión de un tercero, sino en la pura y simple decisión del empresario, por lo que sería lícito concluir que la diferencia de tratamiento es arbitraria, en el sentido genuino y original de este término: se hace depender del arbitrio o voluntad injustificada de una de las partes. Tal resultado excluye la exigida necesidad y racionalidad, concepto este último sobre el que habrá de volverse al abordar la infracción del derecho al trabajo que consagra el art. 35.1 CE. A lo anterior añade el Magistrado que esta desigualdad de tratamiento se pretende compensar con el devengo desde la fecha del despido de las prestaciones de desempleo, pero tal "compensación" es imposible en tanto en cuanto salarios de tramitación y prestaciones de desempleo son conceptualmente, por su naturaleza jurídica, por el sujeto que las abona, por su cuantía, por los factores que determinan su nacimiento, duración y extinción, etc., inequiparables.

En segundo lugar y desde un prisma de derecho procesal, puede considerarse, a juicio del Magistrado, igualmente vulnerado el art. 24 CE. En primer lugar por razones de seguridad jurídica, en tanto que el trabajador se ve inmerso en un procedimiento judicial cuya finalización no puede prever. En segundo lugar porque, como es fácil inferir, se produce una desigualdad esencial en el procedimiento y en la tutela que el Juez puede dispensar, en la medida en que la Ley determina que sea el empresario (el condenado en la Sentencia de despido improcedente) el que fije, arbitrariamente, la extensión de su propia condena, algo verdaderamente insólito en nuestro ordenamiento. Más condena si opta por readmitir (salarios de tramitación incluidos) o menos condena si opta por indemnizar (salarios de tramitación excluidos), por lo que o bien no hay tutela judicial o, si pudiera entenderse existente, ésta no sería efectiva.

En tercer lugar sería posible considerar, a juicio del Juez que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, vulnerado el art. 35.1 CE. Tal afirmación se fundamenta en el hecho de que la norma cuestionada viene a alterar de forma sustancial este orden, al sentar una política legislativa favorecedora de la extinción contractual y de que la opción empresarial se decante por la rescisión indemnizada- al penalizarse la opción "pro labore" -la readmisión- con la carga a cuenta del empresario de los salarios de tramitación. Es más, si se considera la importante diferencia indemnizatoria a cargo del empresario en uno y otro supuesto, resultaría posible que la opción de readmisión, como entiende el Juez de lo Social, se convirtiera en una opción meramente formal, en el sentido de irreal e ilusoria. Finalmente, concluye, no hay justificación del sacrificio del principio "pro labore" ni de la entronización del "animus necandi" contractual que late en el Real Decreto-ley 5/2002. No hay en el Preámbulo del mismo explicación alguna de esta disparidad de tratamiento del despido disciplinario improcedente con opción por readmisión, ni de la derogación singular para este supuesto de los salarios de tramitación.

Por último, considera el Magistrado que el RDL 5/2002 no cumple con las exigencias que impone como condición necesaria del uso del Decreto-ley el art. 86.1 CE, dado que, al margen de que se considere que la reforma de las prestaciones por desempleo responde a una “extraordinaria y urgente necesidad”, la derogación de los salarios de tramitación no guarda relación alguna con dicha reforma, sin que exista referencia alguna a la misma en la Exposición de Motivos de la norma. Considera, igualmente, que el Gobierno podría haber rebasado el límite impuesto por el art. 86.1 CE infringiendo, por ende, la Constitución, al regular por Decreto-ley una cuestión cual es la del despido, que forma parte del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), integrado en el Titulo I de la Constitución, y que el propio art. 35.2 CE, reforzando el trascrito 86.1 CE, requiere que sea la Ley la que regule el Estatuto de los Trabajadores.

4. Mediante providencia de 29 de abril de 2003 (BOE de 17 de mayo) la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y efectuar las alegaciones que estimasen convenientes.

5. El día 16 de mayo de 2003 la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal que dicha Cámara no se personaría en el proceso ni formularía alegaciones.

6. Mediante escrito registrado el día 19 de mayo de 2003 el Abogado del Estado presentó sus alegaciones remitiéndose íntegramente a las efectuadas en relación con la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4814-2002 e interesando su acumulación a la misma, al haber sido promovida por el mismo Juzgado, frente a los mismos preceptos y por supuesta infracción de las mismas normas constitucionales.

7. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 23 de mayo de 2003, comunicó que la Cámara se personaba en el proceso, ofreciendo su colaboración.

8. El Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 23 de mayo de 2003, dando por reproducidas las efectuadas en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 4814/02, 6567/02 y 5931/02, suscitadas por el mismo órgano judicial, respecto de la misma norma y en relación con idénticos preceptos constitucionales, interesando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el día 2 de junio de 2003 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz remitió testimonio de la Sentencia dictada el 16 de mayo de 2003 en cuya parte dispositiva se declara resuelta en dicha fecha la relación laboral entre las partes y se condena a la demandada a mantener en alta durante el período de tramitación a los trabajadores, indemnizándoles en la suma que en el fallo se indica.

10. Por providencia de 15 de julio de 2003 la Sección Cuarta acordó oír al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado para que, en plazo de diez días, pudieran alegar lo que estimaran conveniente en relación con la incidencia que, en la pérdida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pudiera tener la Sentencia dictada en el procedimiento de despido en que aquélla se planteó.

11. Por escrito registrado el 22 de julio de 2003 el Abogado del Estado presentó sus alegaciones en el sentido de considerar que, al no constar la firmeza de la Sentencia referida, de confirmarse esta falta de firmeza no debería procederse al archivo de la cuestión.

12. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 28 de julio de 2003, en el que estimó concurrente la pérdida de objeto consultada.

13. Mediante escrito registrado el 1 de junio de 2004, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz remitió testimonio de la Sentencia de suplicación dictada el 9 de septiembre de 2003 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que decretaba la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Social de 16 de mayo de 2003.

14. Por providencia de 2 de febrero de 2005 la Sección Tercera acordó hacer entrega al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado de copia de la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, a fin de que, en plazo de diez días, completaran las alegaciones formuladas en virtud del traslado conferido por providencia de 15 de julio de 2003.

15. Mediante escrito registrado el 11 de febrero de 2005 el Abogado del Estado formuló sus observaciones en el sentido de estimar subsistente el objeto de la cuestión.

16. Mediante escrito registrado el 17 de febrero de 2005 el Fiscal General del Estado señaló igualmente que había que entender no concurrente la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. El Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo segundo, apartado tres, del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por

desempleo y mejora de la ocupabilidad, por posible vulneración de los arts. 14, 24, 35 y 86.1 CE.

En la STC 68/2007, de 28 de marzo, resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 4781-2002 y 4915-2002 y dictada con posterioridad a la admisión a trámite de la presente cuestión, este Tribunal ha declarado inconstitucional y nulo el Real Decreto-ley 5/2002, por vulneración del art. 86.1 CE, resolución ésta que, a partir del día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, tiene el valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos (art. 164.1 de la Constitución y art. 38.1 de la LOTC). Se sigue de ello que el precepto cuestionado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Badajoz ha sido expulsado del ordenamiento, una vez anulado por inconstitucional, lo que impone ahora apreciar, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 387/1993, de 23 de diciembre, FJ único; 72/1997, de 10 de abril, FJ único; 91/1997, de 8 de mayo, FJ único; y AATC 271/2005, de 21 de junio, FJ único; y 77/2007, de 27 de febrero, FJ único) la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión, al haber quedado disipada la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial.

Por todo lo cual, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Declarar la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1553-2003, por desaparición sobrevenida de su objeto.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil siete.