|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 9/2019 |
| Fecha | de 12 de febrero de 2019 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 5429-2018 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 5429-2018 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 19 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal oficio del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 687-2018 que se tramita ante dicho Juzgado, el auto de 18 de junio de 2018, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

El precepto cuya constitucionalidad se cuestiona tiene la siguiente redacción:

“Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas.

El contrato podrá extinguirse:

[…]

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda”.

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

a) Dña. M.E.S.Z. fue despedida por causas objetivas en virtud de lo establecido en el artículo 52 d) LET. Según se señala en la carta de despido, las ausencias computadas para proceder a la extinción de su contrato por causas objetivas fueron las siguientes:

“-Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal.

-Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal: lumbago.

-11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil). Motivo de la ausencia: sin justificar.

-Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil). Motivo de la ausencia: incapacidad temporal”.

Tomando en consideración lo anterior, la empresa concluyó en la carta de despido que la trabajadora “se ha ausentado 9 días hábiles de los 40 días hábiles en dos meses continuos que se han tenido en cuenta, lo que supone que sus ausencias alcanzan el 22,50 por 100 de las jornadas hábiles del período, superando, por tanto, el 20 por 100 establecido en el Ley del estatuto de los trabajadores para proceder a su despido objetivo”. Además, en la carta se señalaba que “sus ausencias en los doce meses anteriores alcanzan el 5 por 100 de las jornadas hábiles. En concreto las ausencias que se han producido en los últimos doce meses ascienden a un 7,84 por 100 y estas han sido las siguientes:

-Del 10 de marzo de 2016 al 11 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).

-Del 23 de marzo de 2016 al 24 de marzo de 2016: 2 días (2 días hábiles).

-Del 11 de abril de 2016 al 14 de abril de 2016: 4 días (3 días hábiles).

-Del 16 de abril de 2016 al 21 de abril de 2016: 6 días (4 días hábiles).

-11 de mayo de 2016: 1 día (1 día hábil). Motivo de la ausencia sin justificar.

-Del 13 de mayo de 2016 al 17 de mayo de 2016: 5 días (1 día hábil).

-Del 7 de junio de 2016 al 9 de junio de 2016: 3 días (2 días hábiles).

-14 de julio de 2016: 1 día (1 días hábil)”.

c) Disconforme con el despido, la trabajadora interpuso la correspondiente demanda, solicitando su nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

En la demanda se alegaba la inconstitucionalidad del artículo 52 d) LET por vulneración de los artículos 14 y 15 CE y se solicitaba el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. También se alegaba que no se habían alcanzado las cifras de absentismo que constan en la carta de despido.

d) Por decreto de 23 de febrero de 2017, la demanda fue admitida a trámite.

Concluido el juicio, el órgano judicial dictó providencia, de fecha 4 de mayo de 2018, en cuya virtud se resuelve conferir el trámite de audiencia a las partes previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la conveniencia de elevar cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 52 d) LET por vulneración de los artículos 15, 35 y 43 CE.

El órgano judicial considera que la “regulación legal del despido objetivo por absentismo pudiera condicionar la conducta del trabajador, acudiendo al puesto de trabajo aun sin encontrarse en adecuadas condiciones físicas o emocionales, por el temor a exceder los índices de absentismo, en detrimento de su salud”.

e) Una vez conferido el traslado de diez días a las partes previsto en el artículo 35 LOTC, por escrito de fecha 25 de mayo de 2018 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, quien señaló que la norma cuestionada será determinante para la resolución del procedimiento solo en el caso de que el magistrado estime que las ausencias de la trabajadora se debieron a la enfermedad que padece y no a otras razones; enfermedad que la empresa afirma que desconocía.

f) Por escrito de 28 de mayo de 2018 presentó sus alegaciones la demandante, quien mostró su posición favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reiterando los argumentos ya apuntados en la demanda, y destacando que la regulación del despido objetivo por absentismo puede producir el efecto del llamado “presentismo”, forzando a los trabajadores a asistir a su puesto de trabajo aunque no se encuentren en adecuadas condiciones de salud, por temor a superar los umbrales legales; y que la actual regulación, al no considerar como requisito adicional la superación de un nivel de absentismo colectivo, no puede justificarse por la pretendida defensa de la productividad.

g) Mediante escrito de fecha 1 de junio de 2018, presentó sus alegaciones el representante de la empresa Teleperformance España, S.A.U., que mostró su disconformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, alegando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha descartado que la regulación legal pudiera ser discriminatoria por razón de discapacidad. Afirmó que es necesario señalar que el precepto analizado, a efectos del cómputo necesario para alcanzar los referidos umbrales, diferencia entre aquellas ausencias intermitentes y de corta duración que pudieran derivar de enfermedades de escasa relevancia para la salud, de aquellas ausencias derivadas de procesos de baja médica de más de veinte días y de aquellas que, con independencia del número de días de ausencia, pudieran derivar de una enfermedad grave o una situación especialmente protegida. Esa diferencia que hace el legislador entre unas ausencias y otras es la que, a su entender, evita que se produzcan situaciones injustas, y que con ello pudieran entenderse atacados bienes constitucionalmente protegidos como son el derecho de los ciudadanos a la integridad física, a la salud o al trabajo.

h) Mediante auto de 13 de junio de 2018, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 52 d) LET por posible vulneración de los artículos 15, 35 y 43 CE.

3. El Auto de planteamiento analiza, en primer lugar, la aplicabilidad y relevancia de la norma, para razonar, a continuación, sobre el fondo del asunto.

Afirma que en el presente caso se han considerado probadas las ausencias en las que la empleadora sustenta su decisión extintiva. Por tanto, en el supuesto de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y siempre que se consideren correctos los períodos considerados (cuestión que también es objeto de discusión), la validez de la norma cuestionada obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido.

Por lo que se refiere ya al fundamento de la duda de constitucionalidad, señala que el precepto cuestionado permite a la empleadora extinguir la relación laboral ante las ausencias del trabajador, aun cuando éstas estén justificadas, e incluso sean independientes de su voluntad.

Afirma que, visto el elenco de exclusiones, en la actualidad las ausencias que pueden dar lugar a la aplicación del precepto son, principalmente, las derivadas de enfermedad o indisposición de corta duración, hayan dado lugar o no a partes de baja y suspensión de la obligación de prestar servicios por incapacidad temporal. No obstante, destaca que el propio legislador ha excluido las dolencias derivadas de accidente de trabajo, las patologías de especial gravedad y las de duración de más de veinte días, atendiendo a que su inclusión podría comprometer el derecho a la protección de la salud de los trabajadores. A su juicio, se autoriza la extinción de la relación laboral en base a ausencias cuya causa no depende de la voluntad del trabajador, no siéndole imputables; ausencias que no puede ni debe evitar, pues lo contrario podría comprometer su propia salud.

Insiste el órgano judicial en indicar que no se cuestiona el artículo 52 d) LET por la eventual vulneración del artículo 14 CE, en concreto, por la posible contradicción de dicho precepto con la prohibición de discriminación por discapacidad. Lo que ahora se pone en duda es la posible contradicción con los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43 CE), considerando que la regulación legal del despido objetivo por absentismo podría condicionar el comportamiento de los trabajadores, que, ante el temor de perder su puesto de trabajo, pudieran orillar la atención de su salud e integridad física o emocional, acudiendo a su puesto de trabajo y asumiendo con ello un sacrificio en absoluto exigible, que incluso podría complicar la evolución de su patología; lo que, como destaca la parte actora, en círculos doctrinales se viene conociendo como “presentismo”.

Asimismo, considera el órgano judicial que el interés al que obedece el precepto cuestionado, y en el que ha puesto el acento la empresa en sus alegaciones —combatir el absentismo— aun con un fundamento constitucional (el derecho a la libertad de empresa y, mediatamente, a la propiedad privada), puede protegerse de forma igualmente eficaz por otros medios. Así, señala que si se excluyera del cómputo de las ausencias las amparadas por baja médica expedida por los correspondientes servicios médicos oficiales se estaría controlando la justificación de las ausencias de los trabajadores, y podrían tenerse en cuenta únicamente las ausencias injustificadas, que sí dependen de la voluntad de los trabajadores.

Indica que las ausencias por baja médica normalmente ya implican una merma económica para el trabajador, que por sí misma desincentiva la incapacidad temporal, pues, salvo los supuestos de complemento empresarial como mejora de Seguridad Social, el correspondiente subsidio no siempre se devenga desde el primer día, y nunca alcanza el 100 por 100 de la base reguladora. Además, en los casos más extremos (que nunca podrían justificar un despido objetivo por absentismo) la relación laboral podría extinguirse, bien por acceder el trabajador a la incapacidad permanente, o por ineptitud sobrevenida, que es otra causa de despido objetivo.

Finalmente, considera que, al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede justificarse la previsión legal en el interés empresarial de defender la productividad. Cierto es, indica, que para conciliar ambos valores en presencia, la salud del trabajador y la productividad empresarial, se han excluido del cómputo las bajas médicas prolongadas y las derivadas de graves enfermedades. No obstante, quizás la ponderación de intereses implícita en la regulación legal pudiera no ser suficiente para proteger aquellas situaciones límites, que, sin llegar a provocar una auténtica discapacidad, deriven de enfermedades crónicas, de curso fluctuante, especialmente limitantes en los puntuales períodos de agudización sintomática, que den lugar a breves pero reiterados períodos de incapacidad temporal, y cuyo diagnóstico la empresa ni siquiera debería conocer.

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2018, la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), oír al fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que estimara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. La fiscal general del Estado presentó sus alegaciones el 19 de diciembre de 2018, interesando la inadmisión de la cuestión por incorrecta formulación del juicio de relevancia y por resultar notoriamente infundada.

La fiscal considera acertado el juicio de aplicabilidad, pero no así el de relevancia, ya que el auto de planteamiento de la cuestión, en su fundamento de derecho tercero (párrafos segundo y tercero), dice textualmente:

“En el presente caso, como ya se ha indicado, se han considerado probadas las ausencias en las que la empleadora sustenta su decisión extintiva. Por tanto, en el caso de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y siempre que se consideren correctos los períodos considerados (cuestión que también es objeto de discusión), la validez de la norma cuestionada obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido.

Estamos, pues, ante una norma con rango de ley, aplicable al caso, y de cuya validez puede depender el sentido del fallo, como se acaba de argumentar”.

Para la fiscal, en estos párrafos se expresa claramente la posibilidad de que el fallo no dependa de la constitucionalidad del precepto, si finalmente se da la razón a la demandante en cuanto a determinadas diferencias con la empresa, respecto a si son correctos los períodos considerados para establecer el porcentaje de los días de falta de asistencia, en relación con los días hábiles.

En cuanto al fondo, recuerda la fiscal general del Estado, que según la doctrina constitucional, recogida en la STC 215/1994, FJ 4, mediante el derecho a la integridad física y moral, “se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”.

Aplicando esta doctrina a la norma aquí cuestionada, considera que esta no vulnera el derecho a la integridad física protegido por el artículo 15 CE, puesto que no se contempla en la misma un ataque dirigido a lesionar el cuerpo o el espíritu del trabajador, ni se regula intervención sobre esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Además, la fiscal considera que si las faltas de asistencia del trabajador se produjeran por un motivo médico (que es en realidad lo que se está alegando en este caso), y si esta dolencia del trabajador conllevase un riesgo para la vida o la integridad física del mismo, parece claro que estaríamos en el supuesto de faltas de asistencia por enfermedad grave, con independencia de que el tratamiento derivado de la misma fuera intermitente o no, y por tanto no sería computable a los efectos previstos en la norma.

Por todo ello, afirma que es patente la falta de contradicción entre el artículo 52 d) LET y el artículo 15 CE.

En cuanto al derecho al trabajo establecido en el artículo 35.1 CE, en primer lugar, señala que el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contiene muy poca justificación específica de la contradicción de la norma impugnada con este derecho. La Fiscal considera que el auto sólo se refiere a tal contradicción, cuando afirma que el interés al que obedece el precepto cuestionado, que es combatir el absentismo, puede protegerse de forma igualmente eficaz con otros medios, de modo que las normas convencionales pueden fomentar la reducción del absentismo con primas específicas, ya que, al haber prescindido la actual regulación del índice colectivo de absentismo, difícilmente puede defenderse la previsión legal en el interés empresarial en mantener la productividad.

La fiscal considera que la fundamentación que se realiza respecto al derecho al trabajo es tan escasa que podría entenderse que no llega a cumplir con la doctrina constitucional que exige alegar suficientemente la inconstitucionalidad del precepto legal, carga que incumbe al órgano judicial que eleva la cuestión.

Para el caso de que la justificación se considere suficiente, señala que la doctrina constitucional al respecto sería la de la causalidad del despido, es decir, que debe existir una causa justificada para el despido, o que el legislador debe tener un motivo razonable para establecer una causa de despido objetivo.

Cita también la fiscal, siguiendo a la parte demandada, la STJUE de 18 de enero de 2018, en la que se planteaba una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca, para analizar la adecuación del artículo 52 d) LET a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en materia de discriminación. En dicha sentencia, como parte de los argumentos para considerar que el artículo 52 d) no vulnera el principio de igualdad al permitir que el empresario pueda despedir por la modalidad de despido objetivo a personas que padecen una enfermedad que, no siendo una discapacidad, les producen supuestos repetidos de incapacidad temporal de corta duración, sin llegar a ser supuestos de incapacidad permanente, dice en su apartado 33 que “combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b) inciso i) de la Directiva 2000/78, dado que se trata de una medida de política de empleo”.

Aplicando dicha doctrina a la presente causa, a juicio de la fiscal general del Estado se constata que el precepto impugnado contiene, en efecto, una limitación del derecho al trabajo, pero amparada en el artículo 38 CE, que reconoce la libertad de empresa y afirma que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad.

Añade que, desde la perspectiva del artículo 35 CE, no se puede considerar que el precepto cuestionado resulte contrario al derecho al trabajo y al principio de estabilidad en el empleo, pues, si bien es cierto que el legislador ha adoptado, mediante el artículo 52 d) LET, una medida legislativa que limita el derecho al trabajo, lo ha hecho en base a un derecho constitucional (art. 38 CE), con una finalidad legítima, con la correspondiente indemnización, y ponderando los intereses en conflicto, especialmente a través de las correspondientes excepciones a la cláusula general.

Por último, en relación con el derecho a la protección a la salud (art. 43.1 CE), señala la fiscal general que el precepto no obliga a acudir al trabajo al trabajador que se encuentre enfermo. Lo que sucede es que, en caso de que las faltas de asistencias al trabajo, aún justificadas, superen unas determinadas proporciones y no se deban a los supuestos excluidos, el empresario puede valorar si es mejor para su empresa despedir al trabajador pagándole la indemnización legalmente establecida para el despido objetivo, o, por el contrario, conservarlo, aún con ese número de faltas de asistencia, en atención a su productividad.

Por otra parte, considera la fiscal excesivo afirmar que resulta inconstitucional lo dispuesto en el artículo 52 d) LET por vulneración del derecho a la protección de la salud porque el trabajador, ante el riesgo de que el empresario valore que es mejor para la empresa despedirle aun pagándole la indemnización, tendrá interés en acudir al trabajo pese a estar enfermo, cuando ya haya superado el número de días de baja que suponen el porcentaje establecido respecto de los días hábiles, tanto en el último año, como en los dos o cuatro meses que fija la norma. Ese argumento, señala, supondría que, con mayor razón, habría que afirmar la inconstitucionalidad de las normas que menciona el auto de planteamiento, que suponen que el trabajador va a recibir un salario menor los días que deja de asistir al trabajo por baja médica.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por vulneración de los artículos 15, 35 y 43.1 CE.

La Fiscal General del Estado, por las razones de las que se ha dejado constancia en los antecedentes, se opone a la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto por apreciar el incumplimiento de los requisitos procesales para su promoción como por estimarla notoriamente infundada (art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC).

2. De acuerdo con el artículo 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante auto, sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada.

Por lo que se refiere a los defectos procesales aducidos, la Fiscal alega, en concreto, que la cuestión de inconstitucionalidad planteada no cumple el juicio de relevancia, pues el órgano judicial no ha resuelto acerca de la cuestión planteada en el juicio relativa a si son o no correctos los períodos considerados para establecer el porcentaje de los días de falta de asistencia en relación con los días hábiles.

De acuerdo con nuestra doctrina, aunque en principio es al órgano judicial que plantea la cuestión a quien le corresponde efectuar el llamado juicio de relevancia, ello no impide a este Tribunal efectuar la revisión del mismo con el fin de garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 90/1994, FJ2 de 17 de marzo, y 174/1998, de 23 de julio, FJ 1) y evitar de este modo que este procedimiento se convierta en un medio de impugnación directa y abstracta de la Ley, asegurando, al propio tiempo, que su uso sirva a la finalidad de conciliar la doble obligación que recae sobre los órganos judiciales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución (AATC 133/2001, de 22 de mayo, y 283/2001, de 30 de octubre, FJ 2, entre otros muchos). También hemos señalado que la revisión del juicio de relevancia tiene que realizarse necesariamente a la luz de la relación de interdependencia existente entre pretensión procesal, objeto del proceso y resolución judicial (por todos, ATC 283/2001); interdependencia que hace que el sentido y alcance de dicha resolución vengan siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en el que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita (por todas, STC 174/1998, FJ 2).

En coherencia con ello, este Tribunal ha admitido expresamente la posibilidad de revisar la concurrencia de este requisito de procedibilidad, examinando “en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”, en aquellos supuestos en que “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de los principios jurídicos básicos se desprenda que dicho nexo causal no existe” (SSTC 83/1984, 4/1988, 189/1991 y 90/1994, entre otras). Al afectar a un presupuesto de admisión, constituye, en fin, “una cuestión de orden público procesal, que permite a este Tribunal pronunciarse sobre ella incluso de oficio (STC 196/1987 y 87/1991)” (STC 174/1998, de 23 de julio, FJ 1).

Es claro que la formulación del juicio de relevancia lleva implícita, como paso previo, la realización del juicio de aplicabilidad, esto es, la explicitación del precepto o preceptos aplicables al caso y de cuya constitucionalidad el órgano judicial duda, pues, sólo una vez que han sido concretados dichos preceptos, puede aquél exteriorizar el expresado nexo entre su validez y el fallo que debería recaer.

En el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial declara expresamente que, en el presente caso “se han considerado probadas las ausencias en las que la empleadora sustenta su decisión extintiva. Por tanto, en el caso de descartarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y siempre que se consideren correctos los períodos considerados (cuestión que también es objeto de discusión), la validez de la norma cuestionada obligaría a desestimar la demanda y declarar la procedencia del despido”.

En relación a este razonamiento, debemos señalar que, aun cuando no puede pretenderse que las cuestiones previas de legalidad ordinaria sean resueltas en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial, sí le es, en cambio, exigible el deber, impuesto por el artículo 35.2 LOTC, de “especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión”. Al respecto, ya hemos señalado que, “de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, cuando el órgano judicial decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad ‘en el momento que, con efectos preclusivos, establece el artículo 35.2 de la LOTC, lo que está emitiendo es un juicio provisional que, debiendo estar fundado, sin embargo, no siempre es absolutamente definitivo acerca de la aplicabilidad de la norma legal cuestionada en el procedimiento del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad’ [STC 150/1992, de 19 de octubre, FJ 1; en el mismo sentido, entre otras, STC 106/1990, de 6 de junio, FJ 3 b), y ATC 14/1993, de 19 de enero]” (STC 50/2011, de 14 de abril, FJ 3). Pero también hemos afirmado que “esta debida exteriorización del juicio de relevancia (STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 1) supone, en definitiva, que el órgano judicial ha de poner de manifiesto ante este Tribunal de qué manera, a la vista del objeto del proceso en curso, la alternativa que encierra la duda de constitucionalidad lo es también, idealmente, pero de modo necesario, para resolver aquél en uno u otro sentido, descartando ya cualquier otro parámetro distinto de la disposición de la Ley cuestionada para llegar a dicha resolución... Sólo cuando sobre los problemas de legalidad ordinaria planteados en el proceso ‘no pueda ya fundarse una decisión, con independencia de la duda constitucional, podrá ser también reconocida la relevancia que justifica el empleo por el juzgador del instrumento que es la cuestión de inconstitucionalidad’” (ATC 47/2004, de 10 de febrero, FJ 3; y asimismo, STC 130/1999, de 1 de julio, FJ 2; AATC 493/1986, de 5 de junio, FFJJ 2 y 3, y 381/2005, de 25 de octubre, FJ 2).

Por todo ello, en el supuesto ahora enjuiciado se hacía necesario que en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se hubiera incluido un pronunciamiento del órgano judicial que, aunque provisional, resultara fundado, en orden a garantizar que, una vez valorados otros parámetros legales —en este caso, el relativo a si son correctos los períodos tomados en consideración para proceder al despido del trabajador—, la resolución del proceso dependía realmente de la constitucionalidad de la norma cuestionada. Esta exigencia, sin embargo, no se ha cumplido por el órgano judicial que promueve la cuestión. Por el contrario, en su auto de planteamiento, el Juzgado de lo Social parte del razonamiento opuesto y de forma expresa considera que procede elevar dicha cuestión de inconstitucionalidad antes de resolver la pretensión referida a los períodos considerados para computar el número de faltas de asistencia del trabajador despedido.

En definitiva, como señala la fiscal general del Estado, si “el magistrado aún no ha decidido si son correctos o no los períodos considerados para el despido”, la decisión del asunto no depende de la validez de la norma cuestionada, pues si se llega a la conclusión de que no se ha hecho una selección adecuada de los períodos de tiempo que deben computarse a los efectos de calcular el número de faltas de asistencia, la constitucionalidad de la norma sería irrelevante para el caso.

El incumplimiento del indicado requisito debe determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, pues ésta “no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita” (por todas, STC 115/2009, de 18 de mayo, FJ 2; o STC 87/2012, de 18 de abril, FJ 2).

La estimación de la causa de inadmisibilidad analizada nos releva del análisis de la eventual concurrencia de las otras que se expusieron en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, El Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad

Madrid, a doce de febrero de dos mil diecinueve.