|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 432/2005 |
| Fecha | de 13 de diciembre de 2005 |
| 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 | 3703-2004 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3703-2004 |
| Fallo | La inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Con fecha 9 de junio de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el Auto de 6 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Social núm. 2 de Donostia-San Sebastián por el que dicho Juzgado eleva cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, en relación con los arts. 207 b), 210 y 211 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuya fundamentación se detallará a continuación.

2. Los antecedentes relevantes para la presente cuestión de inconstitucionalidad son los que a continuación se señalan:

a) La actora en el proceso judicial está afiliada al Régimen General de la Seguridad Social habiendo prestado servicios laborales con carácter fijo y a jornada completa como redactora en la empresa Egunkaria, S.A., desde el día 22 de noviembre de 1990 hasta que extinguió definitivamente el contrato de trabajo junto con el resto de trabajadores de la citada empresa, en virtud de la resolución dictada por el Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, de fecha 22 de mayo de 2003, que autorizaba dicha extinción de acuerdo con el art. 51.12 del Estatuto de los Trabajadores.

Entre los días 21 de febrero de 2003 y 20 de mayo de 2003 a los trabajadores de la empresa se les habían suspendido sus contratos con percibo de prestaciones de desempleo, en virtud de anterior expediente de regulación de empleo, a raíz de la suspensión de actividad de la empresa por igual período acordada por resolución judicial dictada en la jurisdicción penal.

Por resolución administrativa de la Dirección Provincial de prestaciones del INEM, de fecha 30 de junio de 2003, se le reconoce a la actora la prestación de desempleo de nivel contributivo que había solicitado, como consecuencia de la extinción definitiva del contrato de trabajo en la empresa Egunkaria, S.A. La prestación reconocida se extiende al período comprendido entre el día 11 de junio de 2003, fecha de efectos de la extinción del contrato, y el día 10 de junio de 2005.

La actora trabajó a jornada completa desde el comienzo de la relación laboral, si bien, con ocasión del nacimiento de una hija, se acogió a una reducción de jornada del art. 37.5 ET, de un tercio de la ordinaria, entre el día 17 de octubre de 2001 y el 30 de septiembre de 2003, y por el nacimiento de otro hijo pasó a la situación de suspensión del contrato por maternidad entre el 19 de febrero de 2003 y el 10 de junio de 2003. A partir de ese día, por causa de la extinción del contrato, inicia el percibo de la prestación de desempleo.

Solicitaba la trabajadora que se le reconociera el derecho a percibir la prestación por desempleo de acuerdo con la base reguladora que habría correspondido a una jornada a tiempo completo, lo que supondría, en tal caso, una cuantía de 41,58 euros diarios, en lugar de los 27,72 euros que se le concedieron. El INEM denegó la solicitud al estimar que la forma de cálculo de la base reguladora debía ser la ordinaria del art. 211 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS). Esto es, para calcular la base reguladora se tuvieron en cuenta las cotizaciones por períodos en que la actora trabajó con reducción de jornada por cuidado de un hijo, en tanto que se computaron los últimos 180 días de cotización anteriores a la fecha del inicio de la situación legal de desempleo, según dispone el art.211 LGSS. Contra la anterior resolución del INEM se interpuso reclamación previa que fue desestimada..

La actora ha sido beneficiaria de una subvención de 1956,71 euros que, por acogerse a la reducción de jornada por cuidado de hijos, le ha concedido el Departamento de Empleo del Gobierno Vasco.

b) La trabajadora formuló demanda contra Egunkaria, S.A., y el INEM. Con fecha 18 de febrero de 2004, dentro del plazo para dictar sentencia, se dictó Auto por el que se acordaba, conforme al art. 35 LOTC, dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para formular alegaciones acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, en relación con los arts. 207 b), 210 y 211 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por su contradicción con el art.14 CE.

c) En el plazo conferido al efecto presentó alegaciones únicamente la parte actora. Solicitaba que se resolviera la pretensión en sede judicial, por vía de interpretación integradora, citando en apoyo de sus tesis la doctrina de varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 y 11 de diciembre de 2001, en las que se interpreta el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores (reducción de jornada por cuidado de hijos).

3. Por Auto de 6 de mayo de 2004 el Juzgado de lo Social núm.2 de Donostia-San Sebastián acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad, realizando, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, el auto describe las tesis enfrentadas en el proceso. La Resolución denegatoria del INEM se fundamenta en que, conforme al art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, la reducción de jornada se configura como un derecho individual de los trabajadores pero supone una reducción de salario y por ello de cotizaciones; el art. 211 LGSS preceptúa que la base reguladora de la prestación por desempleo “será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior”; y el art. 204 LGSS establece que el objeto de la protección por desempleo no es otro que el de proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir, de manera que de estimarse la pretensión de la interesada quedaría desnaturalizado el objeto mismo de la cobertura de la protección por desempleo, que nunca puede ser mayor que los salarios que se hubiesen seguido percibiendo en dicho momento de no haberse extinguido la relación laboral.

Frente a ello, la parte actora alegaba que la reducción de jornada que disfrutó con motivo del cuidado de su hijo menor de seis años debe ser considerada como una situación fáctica provisional. Por tanto, a pesar de que dicha reducción de la jornada de trabajo se produzca en el momento inmediatamente anterior a la solicitud de la prestación por desempleo, no se puede considerar uno de los supuestos de desempleo parcial que regula el art.211.4 LGSS, según el cual la prestación se determinará en proporción a la reducción de la jornada de trabajo. En apoyo de esta tesis aludía a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y a que esa conciliación ha de insertarse, desde una perspectiva constitucional, en los arts. 14, 39.1 y 9.2 CE.

b) Expuestas las posiciones de las partes, citando la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en supuestos de despido en los que concurría una jornada reducida por cuidado de hijos, dice el auto de planteamiento que “del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja”.

Por otra parte, el disfrute de los permisos parentales debe salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres, sin incurrir en discriminación por razón de sexo, porque el derecho a la igualdad y la interdicción frente a la discriminación gozan de especial protección constitucional. Desde esta perspectiva, el disfrute del derecho generalmente por las madres, por razones sociales y culturales arraigadas, aunque los padres también sean titulares del derecho, puede tener consecuencias y normalmente las tiene en la vida laboral de las mujeres. En consecuencia, el distinto tratamiento legal que se da en la protección por desempleo para las situaciones de excedencia (recogido en el art.4 de la Ley 4/1995) y para las de reducción de jornada por las mismas causas (no contemplada en aquel precepto) no encuentra una justificación suficiente objetiva y razonable, siendo evidentes los efectos desfavorables que ocasiona a las mujeres, que son quienes mayoritariamente disfrutan las reducciones de jornada (de acuerdo con los datos que proporciona el Instituto Nacional de la Seguridad Social, reflejados en el Informe CES 3/2003, página 182, en 2002 se acogieron a permisos retribuidos 3.330 hombres, lo que supuso el 1,4 por 100 del total; en 2001 ese porcentaje fue un 1,2 por 100 y en el año 2000 un 0,9 por 100).

Si la única diferencia que encontramos entre las dos situaciones analizadas (excedencias y reducciones de jornada) estriba en que en las excedencias se suspende en su totalidad el contrato de trabajo y las obligaciones recíprocas de empresa y trabajador, cesando el percibo de la retribución y la obligación de cotizar, concluiremos —dice el auto de planteamiento— que en las reducciones de jornada se produce un esfuerzo aún mayor de las trabajadoras o eventualmente los trabajadores por conciliar la vida familiar y laboral. Por ello, siendo idéntica la situación de hecho y máxima la similitud entre los supuestos, no existe razón para un tratamiento legal diferenciado en el cálculo de la prestación, que parece contrario al artículo 14 CE por los efectos desfavorables, no razonables ni objetivamente justificados y desproporcionados que se producen en los supuestos de reducción de jornada.

Dice el juzgador que todo ello es consecuencia directa de la regulación del art. 4 de la Ley 4/1995, en relación a con los arts. 207 b), 210 y 211 LGSS, y que dicha regulación legal ofrece dudas de adecuación a la Constitución porque nos encontramos ante tratamientos legales desiguales (entre excedencias y reducciones de jornada), que entrañan una desigualdad en la ley en situaciones que tienen la misma o similar razón de ser. Esa diferente regulación legal, pese a la identidad de razón, se traduce en un tratamiento adverso desfavorable que puede ser encuadrado en la categoría de la discriminación indirecta, tal como la doctrina constitucional define tal concepto. En resumen, la ley no prevé los efectos perjudiciales para la protección del desempleo que la reducción de la jornada genera en las trabajadoras por la menor cotización, contemplando únicamente esos efectos en las excedencias por los mismos motivos familiares.

4. Por providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal, de 24 de mayo de 2005, se 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, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. En escrito registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2005, el Fiscal General del Estado considera que la cuestión de inconstitucionalidad es inadmisible. Razona que para que puedan entenderse debidamente formulados los denominados juicios de aplicabilidad y relevancia 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. Este desarrollo, a su juicio, 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 Juez estima habrían de extendérsele los efectos que la norma cuestionada contempla para otros distintos.

Sin embargo, lo cierto es que el art. 4 de la ley 4/1995, de 23 de marzo, no es aplicable a las reducciones de jornada, que no se contemplan en la norma, sino tan sólo a las situaciones de excedencia. Esto así, 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 norma distinta, con base en la cual pudiere dictarse sentencia estimatoria de la demanda de la trabajadora.

Ahora bien, si fuera de otro modo, esto es, en la hipótesis de que pudieren entenderse cumplidos los requisitos de la aplicabilidad y la relevancia del precepto cuestionado, considera el Fiscal que el art. 4 de la Ley 4/1995 se hallaría en franca contradicción con el art. 14 CE, ya que habría producido una consecuencia desproporcionada desde la perspectiva del derecho de igualdad, al tratarse de supuestos similares y justificados por idéntico fin, cual es el de la posibilidad de conciliación de la vida laboral y familiar, que tendrían sin embargo un distinto régimen jurídico, conduciendo a la paradójica situación de que se haría de peor condición a quien trabaja —y cotiza— con jornada reducida durante un año para cuidar a un hijo, que a quien no trabaja —y no cotiza— durante todo el tiempo de duración de una excedencia para dedicarse a idéntica atención.

Por otra parte, desde el enfoque de una posible discriminación indirecta por razón de sexo, la cuestión aparecería aún más diáfana, pues el concepto de discriminación indirecta elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y asumido por el Tribunal Constitucional, se resume en la proscripción de una medida que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad, suscitada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Donostia-San Sebastián, versa sobre el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, en relación con los arts. 207 b), 210 y 211 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 CE, conforme se ha detallado en los antecedentes.

El precepto cuya constitucionalidad se cuestiona ante este Tribunal tiene el tenor siguiente: “La situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los arts. 207 y 210 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”.

2. Lo primero que hemos de analizar es si el planteamiento de la cuestión satisface los requisitos procesales contemplados en el art. 35.2 LOTC y en particular el relativo al juicio de relevancia, exigencia que determina la inadmisión cuando “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo” (STC 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2, citando a su vez la STC 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2).

Pues bien, como razona el Ministerio Fiscal, el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, no es aplicable a las reducciones de jornada, que no se contemplan en la norma, sino tan sólo a las situaciones de excedencia.

Según el Auto de planteamiento, sin embargo, la supuesta inconstitucionalidad no se encontraría en el tenor literal del texto positivo (el art.4 de la Ley 4/1995) sino en una omisión achacable al mismo (consistente en no regular el régimen de la reducción de jornada por cuidado de hijos, limitándose a hacerlo respecto de los supuestos de excedencia por esos mismos motivos familiares).

Ese planteamiento enlaza con la problemática de las llamadas “inconstitucionalidades por omisión”, que ha sido abordada por este Tribunal declarando que tal inconstitucionalidad sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace (por todas, STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ3). En este caso, por el contrario, no existe un precepto constitucional que obligue a dictar una norma en materia de desempleo como la que se pretende, ni un mandato constitucional que exija de forma directa para la reducción de jornada por cuidado de hijos un régimen necesariamente idéntico al previsto para la excedencia por permiso parental, aunque corresponda a las facultades del legislador poderlo hacer. La STC 240/1999, de 20 de diciembre, señaló en ese sentido que la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos no es un imperativo constitucional, aunque responda a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 C.E.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 C.E.).

Ciertamente, la protección de la familia que la Constitución exige asegurar a los poderes públicos ha llevado al legislador, atendiendo a las nuevas relaciones sociales surgidas como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, a dictar normas como la Ley 4/1995, de 23 de marzo, o, más tarde, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con fundamento en los arts. 39.1 y 9.2 de la Constitución y en objetivos expresados en el ámbito internacional y europeo (señaladamente, en el ámbito comunitario, en la Directiva del Consejo 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la U.N.I.C.E., el C.E.E.P. y la C.E.S.). Pero ese tipo de intervenciones normativas, como se ha dicho, no responden a la existencia de un mandato de regulación de ese carácter que tenga fuente constitucional.

El art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, en consecuencia, no incurre en inconstitucionalidad por omisión.

3. Además de ese enfoque material, podríamos añadir una aproximación formal al problema enjuiciado. Según se expuso, la cuestión no se plantea respecto del cálculo de la prestación en supuestos de excedencia para el cuidado de hijos (que es lo regulado en la Ley 4/1995); regulación que el Magistrado proponente admite. El art. 4 de la Ley 4/1995 sólo podría resultar controvertido desde la perspectiva constitucional planteada si, además de existir una obligación de dictar normas de desarrollo constitucional en el sentido propuesto (lo que no es el caso, según se ha dicho), hubiera debido contener necesariamente la prescripción omitida el concreto precepto que se invoca. Y ese presupuesto tampoco se cumple en esta ocasión porque, incluso admitiendo a efectos puramente dialécticos la necesidad de tal regulación, dicha norma no habría de situarse necesariamente en la Ley 4/1995 (en ese sentido, STC 37/1986, de 20 de marzo). La Ley de 1995 no regula la reducción de jornada por el cuidado de hijos, y, en consecuencia, caso de que la medida hubiera necesitado plasmarse en disposiciones positivas, podría haberse establecido en otras normas, sin que sea posible entonces, ni siquiera en la hipótesis contemplada, imputar formalmente la omisión al artículo cuestionado.

En conclusión, no existiendo mandato constitucional de desarrollo normativo en el sentido reclamado, y visto que el art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, no contiene la regulación aplicable al supuesto de hecho enjuiciado en el proceso, se concluye que ese precepto es irrelevante a los efectos del fallo que debe dictarse, al referirse a una hipótesis distinta y a una situación diversa a la que constituye su objeto, que no puede depender, por tanto, de la validez de dicha norma.

Por lo demás, a este Tribunal no le corresponde señalar si existe una laguna a cubrir con los instrumentos previstos en el Ordenamiento, facultad abierta al Juzgador a quo en el ejercicio de la función que le atribuye el art. 117 CE.

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

La inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a trece de diciembre de dos mil cinco.