

Documento DOC 006

Nombre LEY 8/80

Registro 62

C. D.

**AL DEFENSOR DEL PUEBLO**

D. ANTONIO GUTIÉRREZ en su calidad de Secretario General de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS.

D. CÁNDIDO MÉNDEZ en su calidad de Secretario General de LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES

D. MANUEL RAMÓN ALARCÓN en su calidad de Presidente de la COMISIÓN GESTORA DE LA ASOCIACIÓN DE LABORALISTAS DE ESPAÑA.

D. JOSÉ ANTONIO GIMBERNAT en su calidad de Presidente de la ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS

Con la adhesión de la ASOCIACIÓN LIBRE DE ABOGADOS, ASOCIACIÓN CRITICA DEL DERECHO Y FEDERACIÓN DE ORGANIZACIONES JURÍDICAS PROGRESISTAS

Al Defensor del Pueblo

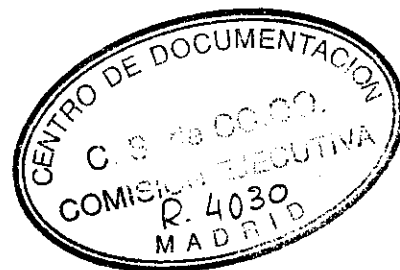
**EX P O N E N**

Que por medio del presente escrito se solicita que se interponga Recurso de Inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Leyes Reforma Laboral por las consideraciones que se contienen en el dictamen que se adjunta.

Y por lo expuesto

SOLICITAMOS tenga a bien admitir este escrito y tras su estudio y análisis decida por parte de esa Institución la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad expuesto.

En Madrid a 29 de julio de 1994.



## RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA

PRIMER MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad del artículo 111, punto 1, letra b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo de 1994), en relación al artículo 3.2.g) de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo) y al segundo párrafo del artículo 4.3 de esta última Ley, Vulneración del artículo 14 de la Constitución y el derecho que tal precepto ordena de igualdad en la ley. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho al recurso predeterminado por la Ley del artículo 24.1 de la Constitución. Vulneración del derecho a la igualdad material de las partes en el recurso.

Los dos apartados de los preceptos cuya declaración de inconstitucionalidad se promueve mediante el presente recurso establecen lo que sigue:

Artículo 111.1.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral:

***"Cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso hubiere sido interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera interpuesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo. La citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora".***

Artículo 3.2.g) de la Ley 10/1994, de 19 de mayo:

***"La protección social del aprendiz sólo incluirá las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por***

**contingencias comunes, prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad, pensiones y Fondo de Garantía Salarial”.**

**Artículo 4.3, segundo párrafo de la Ley 10/1994, de 19 de mayo:**

***“En el supuesto de trabajadores (a tiempo parcial) cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, los derechos de protección social sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad”.***

Como puede constatarse, el artículo 111.1.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, al regular la ejecución provisional de los despidos declarados improcedentes por sentencia de la instancia del orden jurisdiccional social, contra la que se hubiese interpuesto recurso tanto por el empresario como por el trabajador, tras el ejercicio de la opción por la extinción contractual y la indemnización, establece que (a diferencia de la anterior regulación) no será preceptivo que el empresario siga abonando los salarios de trámite al trabajador despedido, sustituyéndose esta obligación por la declaración del trabajador afectado en situación de desempleo involuntario, a los efectos de la percepción durante el recurso de las correspondientes prestaciones y/o subsidio por desempleo, las cuales serán detraídas por el empresario de los salarios de tramitación si, tras la sentencia definitiva del despido, modificara el sentido de su opción y prefiriera la readmisión del trabajador.

Esta nueva regulación supone por tanto que la protección económica del trabajador afectado por el recurso contra la sentencia que declaró su despido como improcedente y que fue recurrida tras la opción por la indemnización, durante la tramitación del recurso, ya no consiste en el derecho a los salarios de trámite, sino que los mismos quedan sustituidos por las prestaciones y/o subsidio por desempleo. Tal nueva regulación comporta evidentemente diferentes problemas de desigualdad de trato en la ley, unos con trascendencia constitucional respecto del derecho a la igualdad y otros sin ella. No parece que tengan trascendencia constitucional los que hagan referencia exclusivamente al no disfrute de esa protección económica durante el recurso como consecuencia de que el trabajador afectado no reúna el tiempo de carencia necesario para acceder legalmente a la

prestación y/o subsidio por desempleo sustitutoria de los salarios de trámite.

Ahora bien, sí que constituye una clara discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución en su manifestación de desigualdad en la ley que no sólo carece de cualquier causas objetiva, razonable y proporcionada, sino que además tiene una causa "odiosa" desde la óptica constitucional, la exclusión de esa protección económica durante la tramitación del recurso de los colectivos de trabajadores que, precisamente, se encuentran en condiciones de mayor precarización económica. Nos referimos concretamente, por un lado, a los trabajadores aprendices, y, por otro, a los trabajadores contratados a tiempo parcial cuya prestación de servicios sea inferior a 12 horas a la semana o a 48 al mes.

El artículo 3.2.g) de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo de 1994) excluye a todos los trabajadores aprendices contratados por las empresas de la protección por desempleo. Por su lado, el artículo 4.3, segundo párrafo, excluye a todos los trabajadores contratados a tiempo parcial con jornada inferior a 12 horas semanales o 48 mensuales de esa misma protección.

De este modo resulta que esos dos colectivos especialmente precarizados se encuentran excluidos de toda protección económica durante la tramitación de los recursos interpuestos contra las sentencias de instancia que hubieran declarado la improcedencia de sus despidos y contra las que se haya interpuesto el correspondiente recurso. Esta diferencia de trato en la ley de ambos colectivos especialmente precarizados respecto de los que constituyen el "tertium comparationis" (los trabajadores contratados en otras modalidades de menor desprotección, incluidos los fijos de plantilla), no puede tener causa objetiva, razonable ni proporcionada alguna, siendo su causa especialmente odiosa por tratarse de un trato peyorativo a colectivos de trabajadores ya precarizados.

Además, en el caso de las contratadas a tiempo parcial con jornada inferior a las 12 horas semanales o 48 mensuales, existiría la causa de discriminación complementaria consistente en la discriminación indirecta por razón de sexo ya que, como es un hecho notorio y reconocen las declaraciones públicas de los miembros del gobierno proponentes de estas disposiciones legales, se trata de una modalidad contractual especialmente prevista para la mujer.

A mayor abundamiento, pudiera incluso suceder que la sentencia de instancia que

declare la improcedencia del despido, declarara al mismo tiempo la inexistencia legal del contrato de aprendizaje por fraude a la ley en el mismo, entendiéndose en este caso que el contrato suscrito entre las partes es un contrato de trabajo común u ordinario. Tampoco en este supuesto el trabajador formalmente contratado por el empresario como trabajador aprendiz tendría derecho a protección económica alguna sustitutoria de los salarios de tramitación durante el recurso interpuesto contra dicha sentencia, por lo que en estos supuestos, incluso, la discriminación se produciría no ya entre trabajadores con contrato laboral común y trabajadores aprendices, sino entre trabajadores con contrato laboral común.

Al mismo tiempo, con tal ordenación de la protección económica de los trabajadores durante la tramitación del recurso interpuesto contra la sentencia de despido improcedente excluyendo al colectivo de trabajadores aprendices y a los contratados a tiempo parcial con jornada inferior a las 12 horas semanales o 48 mensuales, se imposibilita prácticamente en el sentido material el mismo derecho al recurso contra la sentencia. Ello es así porque los dos colectivos de trabajadores excluidos de la protección económica durante la tramitación del recurso, difícilmente van a poder interponer el mismo ante la situación de desamparo material durante su tramitación. Esto supone también la afectación indirecta del artículo 24.1 de la Constitución en la manifestación del derecho al propio recurso, vulnerándose también el principio de la igualdad material de las partes en la interposición de esta acción procesal ya que, en el caso de los dos colectivos de trabajadores excluidos de la protección, resulta fácil concluir que el empresario condenado en la instancia por despido improcedente puede utilizar el arma de la interposición del recurso para abrir un paréntesis temporal de desprotección económica al trabajador afectado y forzarle de ese modo a aceptar condiciones incluso inferiores a las establecidas por la sentencia de instancia. El derecho al recurso predeterminado por la ley ha venido siendo incluido por este Tribunal Constitucional entre las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, declarando contrarias a este derecho fundamental las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales que, sin causa legal, o, aún existiendo ésta, sin causa razonable ni proporcionada, supusieran una limitación a este derecho. Quizá sea en este marco de la interpretación "pro actione" en el

derecho al recurso laboral en el que se ha producido un mayor número de sentencias de este Tribunal Constitucional, muchas de ellas centradas en el análisis del requisito del depósito y de las modalidades de éste (en metálico o en aval), así como de la suficiencia o insuficiencia del mismo, o de la exigencia contenida en las anteriores leyes procesales sobre el recargo del importe de la condena (Sentencias 3/1983, 9/1983, 14/1983, 19/1983, 40/1983, 46/1983, 53/1983, 78/1983, 95/1983, 100/1983, 20/1984, 162/1986, 135/1987, 180/1987, 5/1988, 61/1988, 99/1988, 2/1989, 95/1989, 91/1991, entre otras). En todas ellas se sitúa el derecho al recurso como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución y se declara contrario a dicho precepto, no sólo la denegación arbitraria del recurso, sino la denegación fundada en una interpretación restrictiva de los requisitos legales establecidos al efecto, y (y éste es el aspecto que nos interesa resaltar), la denegación basada en una causa legal pero que no es objetiva ni razonable, como sucedía en el recargo del 20% sobre el importe de la condena. En ese mismo sentido, la sentencia 57/1984, de 8 de mayo, consideró que era contrario al artículo 24.1 de la Constitución el criterio del tribunal ordinario consistente en denegar la admisión del recurso por la falta del requisito (legalmente establecido) de la firma del letrado, sin dar posibilidad de subsanación de dicho defecto. Y, la sentencia 16/1986 de 3 de febrero, que resaltamos especialmente a los efectos de este motivo de inconstitucionalidad, entendió que los salarios de tramitación que debía satisfacer el empresario al trabajador durante el tiempo de tramitación del recurso, tenían por objeto favorecer el acceso del trabajador a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho al recurso. Y, efectivamente, si ese era el carácter del abono de los salarios de tramitación, cuando el legislador ordinario ha decidido sustituir el coste económico que ello significaba para el empresario, por la prestación de desempleo, con carácter provisional y como un auténtico préstamo sin interés para los empresarios a cargo del INEM, la exclusión de este beneficio a los dos colectivos de trabajadores más precarizados salarialmente (trabajadores aprendices y contratados a tiempo parcial en jornadas reducidas), los deja imposibilitados materialmente del acceso a esta vía procesal.

De todo lo anterior sólo puede concluirse que las disposiciones legales citadas en

este motivo vulneran el artículo 14 de la Constitución, e incluso pueden vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución en su manifestación del derecho al propio recurso contra la sentencia de instancia y a la igualdad material de las partes ante esta acción procesal. Así debe declararse por este Tribunal Constitucional.

**SEGUNDO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad de la letra f) del punto 2 del artículo 3 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo). Vulneración del artículo 14 de la Constitución Española en su manifestación del derecho a la igualdad en la ley.**

El contenido del precepto cuya declaración de inconstitucionalidad se promueve en el presente motivo del recurso es el siguiente:

***"La retribución del aprendiz será la fijada en convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 70, al 80, o al 90 por 100 del salario mínimo interprofesional durante, respectivamente, el primero, el segundo, o el tercer año de vigencia del contrato, salvo lo que se disponga reglamentariamente en virtud del tiempo dedicado a la formación teórica. No obstante lo anterior, la retribución de los aprendices menores de dieciocho años no podrá ser inferior al 85 por ciento del salario mínimo interprofesional correspondiente a su edad".***

El precepto reproducido regula la retribución legal garantizada en defecto de regulación en convenio colectivo (en el caso de los menores de dieciocho años con el carácter de mínimo legal, y en el caso de los restantes como derecho supletorio) correspondiente a los trabajadores contratados con la modalidad de aprendizaje. Dicha regulación retributiva legal garantizada distingue a su vez entre los trabajadores aprendices en razón a la edad de éstos. Así, si el trabajador aprendiz contratado es mayor de 18 años o tiene cumplida esta edad, su retribución mínima legal será el 70% (primer año), 80% (segundo año), y 90% (tercer año) del salario mínimo interprofesional establecido en cada momento para los trabajadores con 18 años o más. Sin embargo, para los trabajadores aprendices contratados como tales con edad inferior a 18 años se establece un salario legal garantizado inferior a los trabajadores aprendices de 18 años o más, ya que para aquéllos ese límite mínimo es el 85% del salario mínimo interprofesional correspondiente a los trabajadores menores de 18 años. Ya el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de examinar la

posible inconstitucionalidad de la diferencia retributiva en razón de la edad establecida por el gobierno en los sucesivos decretos de ordenación del salario mínimo interprofesional. En la sentencia 31/1984, de 9 de marzo, llegó a la conclusión de que, si bien la diferencia retributiva establecida en función estrictamente de la edad era discriminatoria y contraria al mandato de igualdad del artículo 14 de la Constitución, sin embargo no podía deducirse de ello que, en el caso de la diferencia contemplada en la ordenación del salario mínimo interprofesional, estuviéramos ante un supuesto con tacha de inconstitucionalidad ya que, (y ésto es lo que interesa destacar especialmente aquí), podía desprenderse la existencia de una causa objetiva, razonable y proporcionada del legislador para haber establecido tal diferencia retributiva, consistente en la diferencia de formación y conocimientos que hay que entender que es menor en los trabajadores más jóvenes. La sentencia citada de este Tribunal entendía de ese modo que, "de la abundante documentación aportada por el gobierno" se desprendía que el legislador había establecido tal diferencia en la garantía del mínimo legal salarial, basándose en que el trabajo desarrollado por los menores de 18 años no era un trabajo "de igual valor" al realizado por los que tenían 18 años cumplidos o más. Así pues la causa que este Tribunal consideró objetiva y razonable, que impedía la tacha de inconstitucionalidad en esa diferencia de trato por la edad en la ordenación del salario mínimo interprofesional no era otra que, para un contrato de trabajo ordinario o común, existía una diferencia en los conocimientos y en la formación de los trabajadores contratados, y era esa diferencia en los conocimientos y en la formación de los menores de 18 años la que les hacía acreedores de un menor salario mínimo legal garantizado. Esa causa de diferencia de formación y conocimientos era la única que aparecía en dicha sentencia constitucional como la causa objetiva, razonable y proporcionada que eliminaba la posibilidad de entender que, necesariamente, la diferencia de trato en la ley, atentara contra el derecho fundamental a la igualdad. Pues bien, en el caso que ahora planteamos, dicha causa que salvaba en aquella sentencia la posible existencia de discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución, es obviamente inexistente. Y ello es así porque estamos en presencia de una diferencia de trato retributivo entre dos grupos de trabajadores en función

exclusivamente de la edad, ya que ambos grupos pertenecen al colectivo de trabajadores aprendices, es decir, al colectivo de trabajadores que carecen de formación y conocimientos necesarios para el desarrollo de un oficio o un puesto de trabajo cualificado (artículo 3.2, párrafo primero de la misma Ley 10/1994), por lo que aquí nunca podrá operar el distinto nivel de formación y conocimientos para justificar esa diferencia en la ley de la garantía cuantitativa de sus retribuciones en defecto de regulación en convenio colectivo. O, lo que es lo mismo, el contrato de aprendizaje, tenga la edad que tenga el trabajador aprendiz contratado, tiene como presupuesto común a todos ellos la falta de conocimientos y formación para el desempeño del oficio o del puesto de trabajo cualificado. Por ello entendemos que no es constitucionalmente posible que el legislador establezca un salario legal garantizado en defecto de regulación en convenio colectivo, diferente en función de la edad del trabajador aprendiz contratado, pues ello vulnera abiertamente el artículo 14 de la Constitución Española. Entendemos que la única regulación acorde con el mandato constitucional de igualdad y no discriminación es el establecimiento de un único salario legal garantizado, en defecto de regulación por convenio colectivo, para todos los trabajadores aprendices, tengan éstos la edad que tengan, con independencia de que dicho salario legal garantizado pueda adaptarse a la antigüedad o al tiempo de trabajo efectivamente realizado.

Hasta tal punto es arbitraria la desigualdad introducida en la ley que la regulación que tachamos de inconstitucional lleva al absurdo de que un trabajador aprendiz con 17 años cumplidos y que haya sido contratado a los 16 años de edad (es decir, en su segundo año de experiencia como trabajador aprendiz) tenga un salario garantizado en la ley (el 85% del salario mínimo interprofesional de los menores de dieciséis años, es decir, según el establecido por el R.D. 2318/93, de 29 de diciembre, BOE de 31 de diciembre, 85% de 40.020.- pesetas = 34.017.- pesetas), inferior al que tendría garantizado en la misma ley (en defecto de regulación por convenio colectivo) un trabajador aprendiz de 18 años contratado con los 18 años cumplidos y sin ningún día de experiencia en ese trabajo de aprendizaje (70% del salario mínimo interprofesional de mayores de 18 años, es decir, 70% de 60.570.- pesetas = 42.399.- pesetas).

Por tanto, ni siquiera es posible acudir a la mayor experiencia "dentro" del contrato

### de aprendizaje.

La sentencia del Tribunal Constitucional 34/1984, de 9 de marzo, pese a desestimar un recurso de amparo en el que se pretendía la existencia de trato discriminatorio contrario al artículo 14 de la Constitución en una diferencia de trato retributiva de trabajadores por cuenta ajena en una relación inter-privatos, estableció claramente que existían en la materia tres tipos de desigualdad de trato salarial: el primer tipo sería aquel conjunto de desigualdades que violen las prohibiciones constitucionales del art. 14 -discriminación "por razón de nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal y social"- o las derivadas del art. 28.1 por ser atentatorias a la libertad sindical; los actos que impliquen estas desigualdades son ineficaces y acceden al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo aunque se hayan producido en relación entre privados. El segundo tipo estaría formado por aquellas desigualdades caracterizadas porque el principio de igualdad que violan no está consagrado por la Constitución Española sino que "arranca de la ley o de una norma escrita de inferior rango, de la costumbre o de los principios generales del Derecho"; este tipo se reservará en su solución a los tribunales ordinarios, sin que el Tribunal Constitucional tenga acceso a él. El tercer tipo estaría formado por aquellas desigualdades que, en virtud de las causas que las motivan, no violan ninguna norma ni principio, ni constitucional ni legal. Parece claro que, salvando las distancias de que en esta sentencia del Tribunal que ahora se cita se contempla un supuesto de desigualdad de trato salarial en relaciones inter-privatos, la diferencia retributiva que el legislador ha trazado para los trabajadores aprendices en razón a la edad, se corresponde con la primera de las situaciones antes expuestas de desigualdad de trato retributivo, ya que choca frontalmente con el mandato del artículo 14 de la Constitución Española al basarse exclusivamente en la edad del trabajador aprendiz contratado, siendo que la diferencia de trato por razón de la edad ha sido ya expresamente incluida por este Tribunal Constitucional como causa discriminatoria del artículo 14 de la Constitución (Sentencias de 2 de julio de 1981 (BOE de 20 de julio); sentencia 33/1986, de 21 de febrero (BOE de 21 de marzo), o sentencia 287/1987, de 22 de diciembre (BOE de de 8 de enero de 1988).

De algún modo el legislador ha optado, a través del precepto que se tacha de

inconstitucional, por crear, a los efectos del salario legal garantizado, una especie de colectivo que sería el de los trabajadores aprendices menores de 18 años, con un trato peyorativo salarial basado exclusivamente en la edad, con lo que le sería en cierto modo de aplicación la doctrina de la discriminación indirecta por razón de sexo contenida en la sentencia 145/1991, de 1 de julio que contemplaba el supuesto de establecimiento en convenio colectivo de una categoría profesional femenina con trato retributivo peyorativo.

Por ello debe declararse inconstitucional esa regulación contenida en la letra f) del punto 2 del artículo 3 de la Ley 10/1994 y, en todo caso, entender que la retribución garantizada en la ley acordada para los trabajadores aprendices de edad inferior a 18 años, en cuanto pueda ser inferior a la establecida para los de 18 años cumplidos o mayores de esa edad, resulta discriminatoria y, por ello, inconstitucional.

**TERCER MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad de la letra g) del artículo 3.2 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (BOE del 23 de mayo de 1994). Vulneración del artículo 14 en relación al 41 de la Constitución Española.**

El contenido del precepto que tachamos de inconstitucional es el siguiente:

**Artículo 3.2.g) de la Ley 10/1994, de 19 de mayo:**

***"La protección social del aprendiz sólo incluirá las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes, prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad, pensiones y Fondo de Garantía Salarial".***

Como puede constatarse, el artículo 3, punto 2, letra g) de la Ley 10/1994 establece un régimen de "protección social" para los trabajadores aprendices en el que se excluye a los mismos de los beneficios de las prestaciones sustitutorias de la retribución en los casos de incapacidad laboral transitoria por enfermedad común o accidente no laboral (excepción hecha de la maternidad, incluida en el último momento del proceso de discusión parlamentaria), así como de las prestaciones familiares, y, además, se les excluye asimismo de las prestaciones y/o subsidio por desempleo.

La exclusión de este colectivo de trabajadores ya precarizados en sus condiciones retributivas de estas prestaciones sustitutorias del salario y de las protectoras ante el desempleo (con independencia de lo ya señalado en el primer motivo de inconstitucionalidad respecto de la protección económica en la ejecución provisional de los despidos improcedentes), resulta a nuestro entender atentatoria al artículo 14 de la Constitución Española. Se trata de una diferencia de trato peyorativa hacia este colectivo, establecida en la ley, y que comporta una discriminación contraria al mandato consitucional de igualdad. El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha conformado la doctrina de que no resulta contraria al mandato constitucional de igualdad ante la ley la diferencia de trato en la protección social de diferentes colectivos, siempre y cuando pertenezcan a Regímenes diferentes de la Seguridad Social. Sin embargo, en el presente supuesto, los trabajadores aprendices se encuentran incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y, por tanto, la diferencia de trato peyorativa en protección social se produce en el seno del mismo Régimen General. No aparece por ende en este supuesto la causa objetiva y razonable que el Tribunal Constitucional consideró suficiente en otros supuestos para estimar la inexistencia de una desigualdad ante la ley en las diferencias de trato en materia de protección social: la pertenencia de los trabajadores afectados por esa diferencia de trato en la ley a Regímenes diferentes de la Seguridad Social (sentencia 39/1992, de 30 de marzo). Dentro del mismo Régimen General de la Seguridad Social (como acontece en el supuesto que nos ocupa), este Tribunal Constitucional tiene establecido que no son discriminatorias las diferencias de prestaciones basadas en cotizaciones diferentes (sentencia 70/1991, de 8 de abril), ya que constituye una causa objetiva y razonable las distintas categorías y salarios de los trabajadores, extremo que es obvio y que no se da en el supuesto que analizamos en el presente motivo, en el que tal causa objetiva y razonable no concurre. También ha afirmado este Tribunal Constitucional en la sentencia 134/1987, de 21 de julio que los "topes" establecidos en la ley para las distintas prestaciones no impiden que las mismas sean "adecuadas" desde la óptica constitucional ya que, como añade a continuación, el principio de solidaridad es el fundamento de la limitación de las pensiones. Y resulta que la exclusión (mucho más que una mera limitación)

realizada por el legislador en los preceptos que tachamos de inconstitucionales en este motivo, son lo más contrario que pueda existir a la aplicación del principio de solidaridad, dado que este colectivo de trabajadores excluido por el legislador de la protección social, es el que se encuentra en mayor grado de precarización y, por tanto, el que debería haber salido beneficiado y nunca perjudicado en cualquier política legislativa de solidaridad.

Reiteradamente este Tribunal Constitucional ha venido estableciendo la doctrina de que la exclusión total de un determinado colectivo de trabajadores de prestaciones de protección social, dentro de un mismo Régimen, podría ser discriminatoria y contraria al mandato del artículo 14 de la Constitución, aún cuando estuviera contemplada en la ley. Ya lo advertía la sentencia 209/1987, de 22 de diciembre al afirmar que si se produjera la exclusión (y no la mera limitación), sería ilícita por discriminatoria. También con ocasión del análisis de distintas situaciones en el Régimen de protección social del servicio doméstico, las sentencias 79/1991, de 15 de abril, la 92/1991, de 6 de mayo, o la 59/1992, de 23 de abril, contemplaban supuestos de exclusiones reglamentarias que eran discriminatorias. Finalmente, la sentencia 3/1993, de 14 de enero, se inclinó por la inconstitucionalidad del artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social respecto de la exclusión que en el mismo se realizaba de los hijos y los hermanos, afirmando que el régimen público de la Seguridad Social tiene constitucionalmente una "vocación universal de protección básica que limita la libertad absoluta del legislador". Es esta vocación universal de protección básica la que ha resultado vulnerada por la exclusión realizada por el legislador de este colectivo de trabajadores precarizados respecto de las prestaciones de protección social señaladas en este motivo del recurso, sin que además concorra ninguna causa objetiva ni razonable que pueda amparar la, constitucionalmente, "odiosa" exclusión.

Tampoco parece que pueda existir ninguna otra causa que merezca la condición de, siendo objetiva, ser razonable y además proporcionada, para justificar tal desprotección social. Obsérvese que el colectivo de trabajadores aprendices es el que se encuentra en condiciones más precarias en el aspecto retributivo. Difícilmente puede, pues, entenderse constitucionalmente que se les prive de la prestación sustitutoria de esa escasa retribución en los supuestos de enfermedad

común, y más rechazable aún si cabe resulta la exclusión de esta protección en los supuestos de accidente no laboral. Al carecer de cualquier causa objetiva, razonable y proporcionada, la decisión del legislador de excluir a los trabajadores aprendices, dentro del Régimen General de la Seguridad Social, de las prestaciones sustitutorias de la retribución en los supuestos de enfermedad común (excepto maternidad) y accidente no laboral, vulnera el artículo 14 de la Constitución Española por sí solo considerado, pues constituye una discriminación frente a los derechos de protección social establecidos para los restantes trabajadores de ese mismo Régimen General de la Seguridad Social, una diferencia en la ley que no obedece a ninguna causa objetiva, razonable ni proporcionada. De la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994 de 19 de mayo sólo parece desprenderse como motivación de dicha desprotección social en materia de incapacidad laboral transitoria, el fomento de la contratación de jóvenes mediante el "abaratamiento" de los costes laborales de la misma. Ello no puede ser nunca una causa razonable ni proporcionada que justifique la desprotección social en el ámbito ahora analizado. En primer lugar, porque el abaratamiento de los costes laborales no tiene una relación de causa a efecto con la desprotección social, ya que el sistema constitucional de protección de la Seguridad Social, con independencia de su nivel contributivo, es una garantía pública a la que tiene que hacer frente el Estado organizando los diferentes recursos presupuestarios, de tal modo que la reducción de las cotizaciones a la Seguridad Social por empresarios y trabajadores no comporta ni ha de comportar necesariamente una reducción de la protección social del sistema de la Seguridad Social. Dicho de otro modo, el sistema constitucional de la Seguridad Social se basa en la protección social de los colectivos más necesitados, con tendencia a la universalidad de esa protección para todos los ciudadanos, al menos en su nivel asistencial y, desde luego, no se basa en la proporcionalidad entre lo cotizado y la protección a que se sea acreedor. Es en ese sentido que la regulación constitucional del sistema de protección de la Seguridad Social no permite la exclusión de los beneficios de ésta a los colectivos más necesitados de la misma (entre otros los que tienen mayor precarización retributiva), por lo que la exclusión realizada de los trabajadores aprendices en esta letra g) del artículo 3.2 de la Ley 10/1994 constituye una discriminación contraria

al artículo 14 de la Constitución, al dejar no sólo de concurrir cualquier causa razonable y proporcionada, sino además al concurrir la causa "odiosa" de trato peyorativo sobre un colectivo de trabajadores ya de por sí precarizado, tanto en el terreno de la retribución como en el de la estabilidad en el empleo.

En cuanto a la exclusión que se realiza de los trabajadores aprendices en la misma letra del mismo número del artículo 3 de la Ley 10/1994 de la protección por desempleo en sus manifestaciones de prestación y/o subsidio, por las mismas razones antes expuestas respecto de la exclusión de las prestaciones por enfermedad común (excepto maternidad) y accidente no laboral, resulta discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución Española, incluso aisladamente considerado. Pero es que, a mayor abundamiento, si ponemos en relación el artículo 14 con el artículo 41 de la misma Constitución Española, observamos que este último precepto, además de ordenar a los poderes públicos (entre ellos al legislativo) el mantenimiento de un régimen público de la Seguridad Social con aspiraciones de universalidad para todos los ciudadanos en las situaciones de necesidad (extremo al que ya se ha hecho referencia anteriormente), concluye a continuación que dichas "prestaciones sociales suficientes" existirán especialmente en caso de desempleo. Por tanto, la dimensión constitucional del régimen público de la Seguridad Social, a través de las prestaciones sociales, queda reforzado en el artículo 41 de la Constitución en dos situaciones específicas: a mayor necesidad, mayor exigencia de protección, y, especialmente, en caso de desempleo. El legislador, en el precepto que tachamos de inconstitucional, ha optado por la desprotección social, mediante la pérdida de todo tipo de prestaciones y subsidios, del colectivo de trabajadores por cuenta ajena que, en la ley, tiene el mayor grado de precarización retributiva y un alto grado de inestabilidad en el empleo. Resulta pues evidente que la situación objetiva de "necesidad" de los trabajadores aprendices es, en la ley, superior a la que puedan acreditar los restantes colectivos que sí gozan de esa protección social dentro del mismo Régimen General de la Seguridad Social. Y resulta también evidente que además la desprotección prestacional y/o subsidiada se produce igualmente en el ámbito en el que el texto constitucional realiza un mayor énfasis en la protección: la situación de desempleo. De todo lo anterior se deduce que el legislador, aún

tratándose de un principio rector de la política social y económica, también ha vulnerado en el precepto que analizamos el artículo 41 de la Constitución aisladamente, pues incluso aunque pudiera aceptarse que la actual situación de crisis económica pueda comportar una reducción del gasto público y una reducción de los costes laborales, esa reducción debería realizarse de forma global, redistribuyendo los recursos, pero en ningún caso instituyendo situaciones de desprotección de los colectivos más necesitados y en la situación de desempleo. Eso no lo permite el artículo 41 de la Constitución. La mejor prueba de que esa política de redistribución de recursos por parte del legislador es posible la tenemos en la propia Ley 10/1994, la cual, al regular el contrato de trabajo en prácticas, previsto para los titulados de grado medio y superior (que tienen una situación de partida mejor en el mercado de trabajo y, por tanto, una situación objetiva de menor "necesidad"), no establece exclusión alguna en esta protección social. Y, siguiendo esa misma Ley, al regularse en su artículo 5, los distintos supuestos de contratos de Fomento del empleo, a pesar de establecer en la Disposición adicional dos importantes reducciones de las cotizaciones a la Seguridad Social, y en la Disposición adicional sexta, apartado tres, diversas formas de subvención por el Estado a las empresas de la conversión de la contratación temporal en por tiempo indefinido, no excluye a estos colectivos de trabajadores de las prestaciones sociales a que hacemos referencia.

Por todo lo anterior entendemos que debe ser declarada la inconstitucionalidad de la letra g) del punto 2 del artículo 3 de la Ley 10/1994, al vulnerar tanto el artículo 14 como el artículo 41 de la Constitución Española aisladamente considerados y, mucho más, del artículo 14 en relación al 41 de la Constitución ya que la discriminación en la protección social de los trabajadores aprendices obedece a una causa que no sólo no es razonable ni proporcionada, sino que además resulta en sí misma contraria al artículo 41 de la Constitución.

**CUARTO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad del segundo párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo). Vulneración del artículo 14 de la Constitución. Vulneración del artículo 41 de la Constitución.**

El precepto que tachamos de inconstitucional contiene el siguiente redactado:

***"En el supuesto de trabajadores (a tiempo parcial) cuya prestación efectiva de servicios sea inferior a doce horas a la semana o cuarenta y ocho al mes, los derechos de protección social sólo incluirán las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, asistencia sanitaria por contingencias comunes y Fondo de Garantía Salarial y la prestación económica correspondiente a los períodos de descanso por maternidad".***

En este párrafo segundo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo que también se tacha de inconstitucional se regula el régimen de protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial cuya prestación de servicios sea inferior a 12 horas semanales o a 48 horas mensuales. Dado que dichos trabajadores contratados están también incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el trato peyorativo en materia de protección social que sufren en la ley los contratados a tiempo parcial en períodos de prestación de servicios inferiores a los citados, tienen la misma tacha de inconstitucionalidad que la ya expuesta en el motivo anterior respecto de los trabajadores aprendices. Esta exclusión de la protección social en las trabajadoras a tiempo parcial es incluso superior a la establecida para los aprendices, ya que además de la ILT por enfermedad común o accidente no laboral, de las prestaciones familiares, y de las prestaciones por desempleo, también se las excluye de las pensiones que traigan su causa en situaciones de enfermedad común o accidente no laboral y en las pensiones por jubilación. No se trata aquí de reiterar argumentos ya contenidos en el motivo anterior. Baste señalar que la desprotección social de este colectivo se produce en los mismos ámbitos que la de los trabajadores aprendices: inexistencia de prestaciones por incapacidad laboral transitoria causada por enfermedad común (excepto maternidad) o accidente no laboral, y exclusión de las prestaciones y/o subsidio por desempleo. Por lo tanto el grado de vulneración de los artículos 14 y 41 de la Constitución, tanto aisladamente como relacionados entre sí, que se ha expuesto en el motivo anterior respecto de la desprotección social de los trabajadores aprendices, tiene en este motivo plena aplicación y se da aquí por íntegramente reproducido.

Obsérvese además que el legislador, en la Ley 10/1994, no contempla en ningún momento el supuesto de existencia de varios contratos a tiempo parcial, extendidos cada uno de ellos por una jornada inferior a 12 horas semanales o 48

mensuales, pero que, sumados los diversos contratos darían una jornada superior realizada por el trabajador para diversos empresarios. Tampoco en estos supuestos les correspondería la protección social en los ámbitos señalados de prestaciones por ILT con causa en enfermedad común o accidente no laboral (excepto maternidad), ni prestaciones y/o subsidio por desempleo.

Pero es que, además, en el caso de la contratación a tiempo parcial la desprotección social regulada en el precepto citado, constituye una vulneración del artículo 14 de la Constitución por suponer además una discriminación indirecta por razón de sexo. Como el mismo gobierno proponente de la Ley ha reconocido reiteradamente en sus declaraciones públicas, la modalidad contractual a tiempo parcial tiene como destinatario principal a la fuerza de trabajo femenina. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene reiteradamente establecido que el trato peyorativo, tanto salarial, como de Seguridad Social, como de mejoras voluntarias, como de otros derechos laborales, en los contratos a tiempo parcial, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, contraria al artículo 119 del Tratado de la CEE y a la Directiva del Consejo 75/117 de 10 de febrero de 1975 y al artículo 4, párrafo 1 de la Directiva 79/7/CEE (Sentencias de 13 de mayo de 1986 -caso Bilka vs. Weber; Sentencia de 13 de julio de 1989 -caso 171/88-; Sentencia de 13 de diciembre de 1989 -caso 102/88-; Sentencia de 27 de junio de 1990 -caso 33/89-; y Sentencia de 7 de febrero de 1991 -caso 184/89-). La tesis del Tribunal de Justicia comunitario es que, siendo que el contrato a tiempo parcial viene siendo una modalidad de contratación mayoritariamente utilizada por los empresarios para la contratación de la fuerza de trabajo femenina, cualquier trato peyorativo en esta modalidad contractual supone una discriminación indirecta por razón de sexo.

Es por todo ello que, no sólo por los motivos anteriormente expuestos en relación a la desprotección social de los trabajadores aprendices, absolutamente trasladables a los contratos a tiempo parcial con jornada inferior a las 12 horas semanales o 48 mensuales, sino también por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, debe ser declarado inconstitucional el párrafo segundo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo.

**QUINTO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad del tercer párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, en relación al párrafo cuarto del mismo precepto. Violación del artículo 14 de la Constitución Española. Discriminación indirecta por razón de sexo.**

El tercer párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 ordena lo que sigue:

***"A efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computarán exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. Reglamentariamente se determinará la fórmula de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos."***

Por su parte, el párrafo cuarto de ese mismo punto 3, añade:

***"Tendrán la consideración de horas extraordinarias a todos los efectos, incluidos los de Seguridad Social, cada hora de trabajo que se realice sobre la jornada ordinaria de trabajo efectivo en el contrato a tiempo parcial".***

En primer lugar debe indicarse que esta regulación del cómputo del período de cotización y de la base reguladora es común a todos los contratos de trabajo a tiempo parcial y no sólo, a diferencia de lo que sucedía en el motivo anterior, para los de jornada especialmente reducida.

En segundo lugar debe afirmarse que el párrafo tercero anteriormente transcrito establece dos situaciones diferenciadas:

1ª.- Que si cualquier trabajadora contratada a tiempo parcial presta menos horas diarias de trabajo diarias que el resultado de dividir la jornada legal o convencional ordinaria por el número de días laborables, el trabajo prestado a tiempo parcial no se computará ni a efectos de cotización ni a efectos de cálculo de la base reguladora como un día completo, sino sólo en la parte proporcional a las horas trabajadas o contratadas.

2ª.- Que, si como consecuencia de una distribución irregular de la jornada de trabajo, una trabajadora contratada a tiempo parcial presta su actividad durante más horas en un día que la jornada ordinaria prevista para ese día (aunque, naturalmente, menos horas que la jornada ordinaria semanal, mensual o anual), sólo le computará un día de cotización, ya que las restantes tendrán la consideración de horas extraordinarias, es decir, cotizarán a los efectos del cómputo de la base reguladora, pero no se contabilizarán en el período de cotización.

El problema es que esta decisión la adopta el legislador sólo referida a los contratos a tiempo parcial. Para los restantes contratos de trabajo que no se hayan suscrito bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial, el período de cotización y la base reguladora siempre se calculará por días completos, con independencia del número de horas realizadas al día y de si estas resultan inferiores a las contempladas legal o convencionalmente como jornada ordinaria de trabajo. De ese modo resulta que si una trabajadora ha sido contratada con contrato a tiempo parcial por jornada inferior a la jornada habitual anual (por ejemplo, como trabajadora fija discontinua en el supuesto del artículo 4.2, segundo párrafo) y presta sus servicios durante tres meses, realizando en esos tres meses la jornada habitual mensual repartida entre cinco días de trabajo efectivo a la semana, sólo le contabilizaría como período cotizado el de cinco días cada semana (los días de trabajo efectivo), mientras que el trabajador con contrato laboral normal o de jornada completa, realizando la misma jornada repartida en cinco días a la semana, tendría un período de cotización por semanas completas, es decir, por siete días cada semana. Incluso aunque en ese período la trabajadora contratada a tiempo parcial realizara alguno o algunos de esos días una jornada superior a la consignada en su contrato, las horas de exceso no contabilizarían como período extra cotizado, ya que tendrían la consideración de horas extraordinarias. No obstante, si por el contrario, alguno de esos días de trabajo efectivo, la trabajadora a tiempo parcial, realizara menos horas de las señaladas para la jornada habitual diaria, el período de cotización se computaría sólo en función de las horas trabajadas y no como un día completo. La regulación legal que tachamos de inconstitucional en este motivo supone por tanto la posibilidad de que, por vía reglamentaria, se establezca este cómputo de período de cotización, en el que las trabajadoras a tiempo parcial se verían privadas no sólo del cómputo de días completos de cotización cuando la jornada no alcanzara a la habitual durante ese día, sino que quedarían excluidos como período de cotización los días que no sean de trabajo efectivo, es decir, generalmente, los sábados, domingos y festivos intersemanales que, sin embargo, sí que se serían computados a los trabajadores con contrato de trabajo "normal" o por jornada completa. Igual sucedería con el cómputo como período de cotización de las vacaciones anuales, pues al no ser de "trabajo efectivo" (generalmente, las trabajadoras a tiempo

parcial no las disfrutaban cuando sus contratos no alcanzan el año de duración, sino que se las compensa económicamente en la liquidación final) no se contabilizaría como período cotizado para las trabajadoras con contrato a tiempo parcial, mientras sí se cotizarían para quienes constituyen el "tertium comparationis", los trabajadores con contrato de trabajo "normal" o a jornada completa. Tal regulación del tema que nos ocupa en la ley, concediendo tan amplias facultades al poder ejecutivo para reglamentar el cómputo del período de cotización, queda agravada por la previsión contenida en la Ley 11/1994 (a la que más adelante nos referiremos) de distribución irregular de la jornada de trabajo durante el año, pues ello puede suponer para cualquier trabajadora contratada a tiempo parcial con cualquier jornada ligeramente inferior (decimos ligeramente porque, a diferencia de la regulación anterior de los contratos a tiempo parcial, la nueva regulación contempla esta modalidad contractual para cualquier reducción de la jornada, sin límite alguno, con lo que incluso sería posible con la reducción de una hora sobre la jornada anual: artículo 4.1 de la Ley 10/1994) a la anual y que sin embargo haya prestado sus servicios durante todos los días laborables del año (aunque algunos de ellos prestara sus servicios en jornada diaria inferior a la habitual), la privación de las prestaciones por desempleo, al no tener cubierto el período de carencia exigido legalmente (un año).

Antes se ha afirmado, y por ello no vamos a insistir en el análisis del tema, que el contrato a tiempo parcial ha sido presentado públicamente por el gobierno proponente de la Ley 10/1994, como el instrumento jurídico de la incorporación de las mujeres al trabajo, posibilitándoles de ese modo "compatibilizar" las tareas domésticas (en la Exposición de Motivos de la Ley 10/1994, punto 2, apartado c, se hace una crítica referencia a las "circunstancias personales o familiares del trabajador"), con el trabajo por cuenta ajena, con lo que estamos ante una modalidad contractual mayoritariamente prevista para la fuerza de trabajo femenina.

En ese contexto, el sistema antes expuesto de cómputo del período de cotización y de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social para los contratos a tiempo parcial, constituye un claro trato peyorativo en la configuración

de los derechos futuros de este colectivo frente al trato que reciben del legislador los trabajadores contratados con contrato a jornada completa, aunque dicha "jornada completa", como sucede en gran parte de supuestos, no sea la jornada máxima ordinaria convencional o legal (que es norma mínima modificable "in melius" por la voluntad unilateral del empresario o por contrato individual de trabajo), sino otra inferior. Por tanto aquí, el "tertium comparationis" viene constituido por los trabajadores que, contratados bajo cualquier otra modalidad, no lo son con contrato a tiempo parcial.

Y, si además, ponemos la regulación que se tacha en este motivo de inconstitucionalidad, en relación con el nuevo redactado de los artículos 34, 35, y 37 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, nuevo redactado que es consecuencia de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, obtendremos que, dado que es posible la distribución irregular de la jornada anual, permitiéndose el supuesto de que se concentre, bien en determinados meses la jornada de todo el año (con el solo respeto de las 12 horas de descanso ininterrumpido y del día y medio acumulable cada dos semanas de descanso semanal para los mayores de 18 años), bien en determinadas semanas la jornada del mes, o bien en determinados días la jornada de la semana, la consecuencia del trato peyorativo a las trabajadoras con contrato a tiempo parcial, puede tener consecuencias aún más gravosas.

Hubiera sido diferente que el legislador hubiese previsto para todos los trabajadores y no sólo para las contratadas a tiempo parcial, de tal modo que cualquier trabajador, fuera cual fuera su modalidad contractual, que realizara una jornada real inferior a la máxima legal o convencional hubiese sufrido idéntica reducción. Pero no es este el caso, sino que estamos en presencia de un trato peyorativo sólo para las trabajadoras (y trabajadores) contratadas a tiempo parcial. Para esta diferencia de trato le legislador no invoca ninguna causa objetiva ni razonable, por lo que por sí misma podría ser considerada discriminatoria y contraria al artículo 14 de la Constitución Española. Pero es que además, dado que la modalidad contractual de trabajo a tiempo parcial se encuentra especialmente prevista y está mayoritariamente siendo utilizada para contratar a la fuerza de trabajo femenina, se trata de una discriminación indirecta por razón de sexo.

De entre las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, citadas en el motivo anterior, deben destacarse a los efectos del presente motivo la Sentencia de 13 de diciembre de 1989, caso 102/88, Ruzius-Wilbrink vs. Beestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, la cual en sus pronunciamientos decimoséptimo, decimonoveno, vigésimo y vigésimo primero, establece la siguiente doctrina:

**"Ha lugar, por tanto, una respuesta positiva a la primera cuestión de que el artículo 4, parágrafo 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a que, en el ámbito de una legislación nacional garantizando un mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral, una disposición introduzca una excepción a este principio referida a los asegurados que hubieran anteriormente trabajado a tiempo parcial y limite la cuantía del subsidio al salario anteriormente percibido, cuando este grupo de asegurados comprende a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que dicha legislación se justifique por factores objetivos y extraños a toda discriminación fundada en el sexo".**

**".....considerada en sí misma y teniendo en cuenta la finalidad de la citada Directiva y su contenido, el artículo 4, parágrafo 1, es suficientemente preciso para ser invocado por un justiciable ante una jurisdicción nacional con el fin de conseguir que ésta suprima toda disposición nacional no conforme con este artículo. Es preciso recordar en este sentido que esta disposición obliga a los Estados miembros a suprimir todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato".**

**"...en un caso de discriminación indirecta como el planteado, los miembros del grupo desfavorecido, hombres o mujeres, tienen derecho a que les sea aplicado el mismo régimen que a los otros beneficiarios del subsidio".**

**"Procede, entonces responder a la segunda cuestión que, en ausencia de medidas de aplicación adecuadas del artículo 4, parágrafo 1, de la Directiva 79/7/CEE y en presencia de una discriminación indirecta operada por el Estado, el grupo desfavorecido por esta discriminación, debe ser tratado de la misma forma y se le debe aplicar el mismo régimen que a los otros beneficiarios del subsidio, régimen que, en defecto de ejecución correcta de dicha Directiva, queda como el único sistema válido de referencia".**

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de ese mismo Tribunal de 13 de julio de 1989, caso 171/88, Ingrid Rinner-Kuhn vs. FWW Special-Gebäudereinigung GmbH Q Co. KG, y también las restantes del mismo Tribunal comunitario citadas en el anterior motivo del recurso, referidas a que es contraria al derecho a la igualdad de trato y constituye discriminación indirecta por razón de sexo el trato

peyorativo a los contratados a tiempo parcial en materias tales como, régimen de pensiones de la empresa, falta o perjuicio de la remuneración por enfermedad, exclusión de las indemnizaciones por finalización del contrato, o cómputo de la antigüedad sólo en función de las horas o días efectivamente trabajados.

En consecuencia, la singularidad del contrato a tiempo parcial a efectos de la acción protectora consistirá en que las prestaciones de Seguridad Social se verán reducidas en su cuantía, toda vez que las bases reguladoras se calcularán en función de unas cotizaciones ajustadas a sus retribuciones y, por tanto, a la duración de su jornada; pero efectuar además una reducción en el período previo de cotización computable, supone una suerte de penalización no dotada de cobertura jurídica suficiente. El período previo de cotización sólo se mide, en las prestaciones de la Ley General de la Seguridad Social por el tiempo de permanencia en alta con obligación de cotizar; y es indudable que el contrato a tiempo parcial en que no se trabaja todos los días laborables no conlleva sucesivas altas y bajas en la Seguridad Social, sino que el trabajador se halla en situación de alta durante todo el tiempo de duración del contrato. No puede tomarse en consideración a estos efectos la Disposición Adicional Novena del Real Decreto 2319/1993 de 29 de diciembre (BOE de 31-12-93), ya que la misma contiene una previsión idéntica a la recogida en este apartado de la Ley 10/1994 que tachamos de inconstitucional.

La premisa para el análisis de la igualdad en la ley debe pasar, según afirma el Tribunal Constitucional, por la concurrencia en el supuesto de hecho de situaciones subjetivas equiparables, y que el "término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso". Los trabajadores a los que puede afectar la regulación que se analiza y su situación son perfectamente equiparables y homogéneas, ya que nos referimos a trabajadores comunes (insertos en una relación laboral común) sin distinguir la normativa entre sectores o actividades diversas, ni tampoco la diversidad afecta a la profesión, categoría o grupo a desempeñar. El trato desigual se aplica a un mismo grupo de personas (trabajadoras/es a tiempo parcial) diversificado por el legislador. Y es en estos supuestos cuando "su acción selectiva resulta susceptible de control constitucional....." para poder conocer "si la introducción de factores

diferenciales (STC 42/1986, de 10 de abril), resulta o no debidamente fundamentada".

Parece claro que estamos ante el caso delineado por el Tribunal Constitucional, al ser el propio legislador, ante una situación equiparable (la menor prestación), el que atribuye y establece regímenes diferenciados.

Ha de tenerse en cuenta la sentencia 177/1993 de 31 de mayo (BOE de 5 de julio de 1993) que plantea la nulidad radical por vulneración del artículo 14 de la Constitución de una cláusula de un convenio colectivo (y, por tanto, de una norma jurídica de efectos "erga omnes") que fija un menor importe en las gratificaciones extraordinarias a los trabajadores temporales. Esta misma sentencia es citada en la más reciente 22/1994, de 27 de enero (BOE de 2 de marzo de 1994), de directa aplicación al presente motivo de inconstitucionalidad, especialmente en su Fundamento Jurídico cuarto, apartado c). En efecto, en esta última sentencia citada se contiene la siguiente doctrina:

**Como es sabido, este Tribunal ya ha tenido ocasión de mantener que una diferencia de trato no imputable a la norma sólo es relevante si existe un principio jurídico que imponga la equiparación ante los desigualmente tratados (STC 52/82; ATC 297/85) y no existe una justificación razonable para la diferenciación operada. Este principio puede desprenderse también de una norma convencional; del tratamiento dado por la norma convencional a una determinada institución, aunque no se enuncie expresamente el referido principio. Teniendo en cuenta esta doctrina es posible afirmar que:**

**a) En el Convenio aplicable, al regularse la tabla salarial, no se establecían diferencias por razón del menor número de horas trabajadas, de ahí que pueda implícitamente considerarse existente un mandato equiparador de los trabajadores en materia salarial, con el sólo respeto del principio de proporcionalidad entre tiempo de trabajo y retribución. b) La Sentencia impugnada, previo el reconocimiento de la aplicabilidad del Convenio, ha ignorado su mandato equiparador, dándole la máxima relevancia a un factor que aquél soslayaba (el menor tiempo de trabajo) y perpetuando el régimen inferior al que la actora había venido estando sometida. c) El factor tomado en consideración por la resolución impugnada es, además, irrazonable. En efecto, una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que, como las citadas (STC 177/93, por todas) se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias TJCCEE, asuntos BILKA KAUFHAUS, de 13 de**

mayo de 1986, ó KOWALSKA, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior. Por todas estas razones, se hace obligado concluir que la resolución impugnada vulnera también el art. 14 C.E., debiendo en consecuencia estimarse este segundo motivo del recurso.

Es por todo ello que debe ser declarado inconstitucional el tercer párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, por resultar contrario al artículo 14 de la Constitución y, en la aplicación interpretativa que realiza el artículo 10 de la misma Constitución, al artículo 119 del Tratado en relación a la Directiva 79/7/CEE en el precepto citado.

**SEXTO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Inconstitucionalidad del segundo párrafo de la letra g) del artículo 1.3 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores introducida por la Disposición Final séptima de la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Vulneración del artículo 14 en relación al 35 de la Constitución Española.**

La exclusión de los trabajadores transportistas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y la normativa laboral en general constituye una desigualdad en la ley.

La Disposición final séptima introduce una nueva letra g) en el artículo 1.3 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores cuyo segundo párrafo contiene el siguiente redactado:

***"A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aún cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador".***

Tal precepto admite dos interpretaciones diferentes, ambas inconstitucionales en opinión nuestra. Según la primera de esas interpretaciones, la expresión "se entenderá" equivale a una presunción iuris et de iure, lo cual quiere, a su vez decir, que este tipo de trabajadores - los transportistas - son objeto de una exclusión

constitutiva del ámbito de aplicación de la legislación laboral diseñado por la propia ley en el artículo 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. En otras palabras: la ley considera que los transportistas encajan perfectamente en el tipo legal "trabajador por cuenta ajena" pero considera, por las razones que sean, que deben quedar excluidos de su tratamiento legal como tales. De acuerdo con la segunda interpretación, estaríamos ante una mera presunción juris tantum que, como tal, admite prueba en contrario, de tal forma que los transportistas quedarían excluidos de la aplicación de la normativa laboral, no de forma constitutiva sino porque el legislador entiende que, en principio, no reúnen los caracteres definitorios del tipo legal "trabajador por cuenta ajena", ahora bien, tal diagnóstico inicial - o presuntivo - es susceptible de ser contrariado mediante la correspondiente actividad probatoria y, en tal caso, la presunción decaería y pasarían a recibir el tratamiento legal correspondiente como tales trabajadores por cuenta ajena.

Consideramos irrelevante pronunciarnos por una u otra interpretación dado que, como hemos afirmado antes, ambas conducen a un resultado incompatible con nuestro texto constitucional.

En primer lugar, la exclusión constitutiva viola el artículo 35.2 de la Constitución, que dice: "La Ley regulará un estatuto de los trabajadores". La palabra "estatuto" tiene un significado técnico-jurídico muy preciso: se trata de un corpus institucional estable que contiene los derechos y deberes de una determinada categoría de ciudadanos caracterizados de una manera permanente por unos rasgos bien definidos, que el constituyente - en este caso - considera necesario preservar. Es obvio que esos derechos y deberes pueden variar a lo largo del tiempo y ser objeto de modificaciones más o menos importantes - como las realizadas, sin ir más lejos, por la propia Ley 11/1994 -; pero también es claro que el estatuto, como tal, no puede ser dejado de aplicar a quienes forman parte de su universo subjetivo propio y característico, sean "los trabajadores", en el caso del artículo 35.2 CE, sean "los funcionarios públicos", en el caso del artículo 103.3 CE. El estatuto es un instrumento jurídico que lleva implícitas las ideas de permanencia y omnicomprensividad.

Por esa razón las "exclusiones" contenidas en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, antes de la adición de la nueva letra g), tienen todas ellas un carácter meramente declarativo, es decir, que no son exclusiones propiamente dichas: se trata de grupos de ciudadanos que no forman parte del tipo legal diseñado por el propio artículo 1.1 ET, pero que, por razones diversas, el legislador ha considerado conveniente reafirmarlo. Tal es el caso de los funcionarios públicos, que tienen - como hemos visto - su propio estatuto; el de las prestaciones personales obligatorias, al faltar la voluntariedad; el de los consejeros de las sociedades mercantiles, al faltar la ajenidad: ellos forman parte de la persona empresarial; y, también por faltar la ajenidad, los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, el trabajo de los familiares del empresario - precisamente cuando no son asalariados del mismo - y el de los representantes de comercio - precisamente cuando responden del buen fin de la operación -. Aunque el artículo 1.3 ET no hubiera dicho nada, ninguno de estos supuestos hubiera podido ser considerado como integrante del tipo legal descrito en el artículo 1.1. Razones históricas o de delimitación con figuras afines que sí son trabajadores (por ejemplo, los representantes que no responden del buen fin de las operaciones mercantiles en que intervienen) explican esta insistencia del legislador estatutario en establecer estas "exclusiones" meramente declarativas.

Pero exclusiones propiamente dichas - esto es, constitutivas - ni hay ni puede haber, so pena de violar el artículo 35.2 de la Constitución. Cosa distinta es que, dentro del estatuto en cuestión, se pueda modular el alcance de los derechos y obligaciones de determinados grupos de la categoría estatutaria general. Tal es el caso de las llamadas "Relaciones laborales de carácter especial", como lo es también de determinados cuerpos de funcionarios. Pero siempre hay un núcleo estatutario irreductible, aplicable a todos ellos: por ejemplo, el sometimiento a la jurisdicción laboral, en el caso de los trabajadores - sean comunes o sean especiales - y a la jurisdicción contencioso-administrativa en el caso de cualesquiera tipos de funcionarios.

Por lo tanto, siendo el mandato constitucional del artículo 35.2 el establecimiento de un estatuto de los trabajadores - y no de una mera ley sobre el contrato de

trabajo o algo similar - no es posible excluir, a quienes son trabajadores, del ámbito de aplicación de dicho estatuto sin violar dicho mandato constitucional. Y tal exclusión es evidente que supone también una violación del principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE. En efecto, la Disposición Final que estamos impugnando supone que, mientras que la generalidad de los trabajadores por cuenta ajena quedan amparados por la normativa laboral, un grupo concreto de trabajadores por cuenta ajena - los transportistas - quedan privados de esa normativa, que además tiene un carácter tuitivo, sin causa alguna que pudiera justificar dicho trato desigual. Y no lo es el hecho de que esos transportistas dispongan de un vehículo propio para realizar su trabajo pues, como veremos enseguida, tal circunstancia ha sido considerada irrelevante por nuestro Tribunal Supremo a los efectos, precisamente, de excluir a los transportistas de la consideración de trabajadores por cuenta ajena. Por ello, parece claro que, tratándose de una causa "objetiva", no es desde luego ni "razonable" ni "proporcionada" a los efectos de legitimar la desigualdad que se viene a establecer.

Hasta aquí, hemos venido dando por demostrado que los transportistas son trabajadores por cuenta ajena, puesto que nos estábamos moviendo en la hipótesis interpretativa de que la Disposición Final séptima contiene una exclusión constitutiva, que solamente es posible partiendo de aquella consideración. No obstante, y antes de pasar a la segunda hipótesis interpretativa, resulta ahora pertinente dejar claramente establecido que no existe duda alguna sobre tal carácter. En efecto, se trata de una figura que ha sufrido en la práctica de nuestras relaciones laborales todo tipo de manipulaciones para intentar excluirla del ámbito de aplicación de la normativa laboral, prácticas que la jurisprudencia ha ido desvelando y combatiendo, llegándose a cerrar el paso firmemente a esas maniobras fraudulentas. Como es sabido, existe una abundantísima jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, varias de cuyas sentencias lo son en casación para la unificación de la doctrina, estableciendo claramente el carácter iuslaboral de este tipo de trabajo por cuenta ajena. Desde las iniciales sentencias sobre los trabajadores "mensajeros", que hacían frente a la desprotección alarmante y ya generalizada de un colectivo importante de jóvenes que eran

contratados por empresarios bajo la fórmula del contrato mercantil de transporte en actividades de reparto cuyo nivel de riesgo era muy alto, hasta las recientes sentencias en Unificación de la Doctrina, todas ellas han llevado al ámbito de la normativa laboral este tipo de relaciones de prestación de servicios por cuenta ajena y han utilizado correctamente la presunción de iuslaboralidad del artículo 8.1 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores. Citemos como ejemplo las siguientes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (entre paréntesis las referencias de Aranzadi): 24-7-1992 (5655); 19-11-1992 (8823); 31-7-1992 (8898); 22-12-1992 (10.352); 28-4-1992 (2680); 22-7-1992 (5650); 25-5-1993 (4121); y 16-3-1992 (1807).

Por todo ello, resulta aún más irritante que sea ahora el propio legislador el que pretenda llevar a cabo esa maniobra anticonstitucional de exclusión.

Pasando ya a la segunda hipótesis interpretativa, que es más benévola para las intenciones del legislador, éste no habría pretendido excluir en todo caso a los trabajadores transportistas de la aplicación de la normativa laboral sino que, contrariando la línea jurisprudencial antes descrita, pretendería hacer una valoración según la cual dichas personas, en principio, no reúnen las características definitorias de los trabajadores por cuenta ajena, si bien se puede admitir la prueba en contrario en cada caso concreto, lo que llevaría aparejada la inclusión del trabajador en cuestión en el ámbito del Derecho del Trabajo. Ahora bien, dicha presunción juris tantum de no laboralidad es exactamente la contraria de la presunción general de laboralidad contenida en el artículo 8.1 ET, según el cual: "Se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel". De tal manera que, a partir de la Disposición Final que estamos impugnando, existirá un tratamiento desigual para la generalidad de los trabajadores y para los trabajadores transportistas. Para los primeros su prestación de servicios remunerados en el ámbito de organización y dirección de otra persona, supondrá - como no podía ser menos, y salvo prueba en contrario - su consideración como sujeto de un contrato de un trabajo y, como tales, protegidos por la normativa laboral. Para los segundos, su prestación de servicios remunerados en el ámbito de organización y dirección de otro, tendrá

exactamente el efecto contrario: se considerará que no son trabajadores sometidos y amparados por el Derecho del Trabajo, salvo prueba en contrario. Se trata de una desigualdad en la ley carente de toda justificación y, por lo tanto, vulneradora del artículo 14 CE.

Damos aquí por reproducidas las argumentaciones referidas al carácter de causa no razonable ni proporcionada a los efectos excluyentes que se pretenden del hecho de que el transportista sea propietario de su propio vehículo.

**SEPTIMO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Inconstitucionalidad del inciso final del punto 4 del artículo 55 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, y del inciso final del punto 1 del artículo 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción dada a ambos preceptos por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, interpretado en esta materia (artículo 10.2 de la propia Constitución) conforme a lo ordenado por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT ratificado por España el 18 de febrero de 1985 (BOE de 29 de junio de 1985). Vulneración del artículo 53, puntos 2 y 3 de la Constitución en relación al artículo 24.1 de la misma Constitución y a la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba en los procedimientos en los que se afirma la existencia de vulneración de los derechos fundamentales de la Constitución.**

El precepto de la Ley de Estatuto de los Trabajadores que tachamos de inconstitucional contiene el siguiente redactado:

***"El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo".***

Por su parte, el precepto de la ley procesal que también tachamos de inconstitucionalidad, ordena lo siguiente:

***"Será calificado de procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto de que se hubieren incumplido los requisitos de forma, establecidos en el número uno del artículo 55 del Estatuto de los***

**Trabajadores, será calificado como improcedente".**

Son las partes subrayadas de estos preceptos, es decir, sus incisos finales, los que a nuestro criterio resultan contrarios a la Constitución.

En definitiva, la modificación que el legislador ha introducido en la anterior regulación de la Ley de Estatuto de los Trabajadores y en la ley procesal en esta materia consiste en que, en los despidos disciplinarios realizados por los empresarios sin carta de despido o sin las restantes formalidades exigibles en cada caso (expediente contradictorio en el supuesto de los representantes de los trabajadores o de otros trabajadores no representantes si así se establece por convenio colectivo), requisitos de forma que se establecen en el apartado 1 de este mismo artículo 55 del Estatuto, en vez de declararse la nulidad de los mismos (como acontecía antes de la modificación introducida por la Ley 11/1994), ha de declararse judicialmente la improcedencia del despido. Como es sabido, la declaración de improcedencia de un despido comporta (a diferencia de lo que sucede con la declaración de nulidad), la inmediata posibilidad de extinción del contrato de trabajo (excepto cuando el trabajador despedido disfrute de las garantías sindicales) mediante la correspondiente opción del empresario a cambio de la indemnización de 45 días de salario por año de antigüedad con el tope máximo de 42 mensualidades (artículo 56.1 de la misma Ley de Estatuto de los Trabajadores y concordantes del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral).

A nuestro criterio, estos incisos finales de ambos preceptos legales tienen dos submotivos de inconstitucionalidad que se concretan a continuación:

**Primer submotivo: Inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución y la interpretación del mismo en relación al artículo 7 del Convenio 158 de la OIT (artículo 10 de la propia Constitución).**

El artículo 7 del Convenio 158 de la OIT contiene el siguiente mandato:

**"No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad".**

Parece claro que el despido disciplinario realizado sin carta de despido (o, en su caso, sin los demás requisitos de forma que puedan establecerse por convenio colectivo), supone casi siempre para el trabajador despedido el absoluto desconocimiento de las causas que motivan la decisión extintiva empresarial. Es, por tanto, manifiesta la indefensión total en que se sitúa al trabajador despedido al que no se le comunican los motivos que llevan al empresario a adoptar tal decisión. Por otra parte, queda fuera de toda duda que el artículo 24.1 de la Constitución prohíbe la indefensión en el seno del mandato de la tutela judicial efectiva. Y es el caso que la carta de despido disciplinario (y la forma complementaria que a ella se añade por convenio colectivo) tiene, en el proceso laboral especial correspondiente ante el orden jurisdiccional, el carácter de un auténtica demanda. Así se prevé expresamente en el artículo 105 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en el cual, ordenándose la inversión de los trámites de intervención en el juicio oral, tanto en las alegaciones, como en la prueba y en las conclusiones, se le está dando en realidad al empresario el trato procesal de la parte actora promotora del proceso. Pensar que un proceso de esa entidad ante un órgano jurisdiccional pueda iniciarse sin constancia escrita de ningún tipo de imputación de falta por escrito, afecta de lleno a la tutela judicial efectiva que pueda producirse en ese proceso y produce la más absoluta indefensión, con repercusiones gravísimas en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales de la Constitución, como veremos en el segundo submotivo de este motivo de inconstitucionalidad.

Pudiera argumentarse, sin embargo, que siendo cierto lo manifestado en el párrafo anterior, la inconstitucionalidad del precepto podría salvarse afirmando que la inexistencia de carta de despido (y de la ausencia de las garantías de defensa que la misma conlleva) ha sido sancionada por el legislador, aunque, por opción expresa de éste, no con la declaración de nulidad, sino con la de improcedencia; y, al existir tal sanción, aún cuando no sea la de nulidad, no se ha infringido el precepto constitucional que ordena la tutela judicial efectiva y prohíbe la indefensión. Es aquí, en la dimensión que debe alcanzar la sanción contra la indefensión prohibida en el artículo 24.1 de la Constitución, donde debe jugar la interpretación

del alcance de los derechos fundamentales que regula el artículo 10.2 de la propia Constitución. El Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo constituye el acuerdo internacional en la materia ratificado por el Estado español. Y es este Convenio en su artículo 7 el que ordena expresamente que la consecuencia de esa indefensión por inexistencia de la imputación concreta de los motivos que llevan al despido disciplinario es que "no deberá darse por terminada la relación de trabajo". Y, dado que tanto en la Ley de Estatuto de los Trabajadores, como en el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, la única posibilidad de que no se de por terminada dicha relación es la declaración de nulidad del despido (artículo 55.6 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores), es ésta la única calificación que el legislador ordinario debía haber acordado para el despido sin carta de despido (o formalidades añadidas a la misma), y no la de improcedencia, en cuanto que esta segunda calificación posibilita automáticamente la decisión del empresario de extinguir la relación de trabajo (excepción hecha, como se ha dicho, de los trabajadores que disfruten de las garantías sindicales), con lo que la previsión contenida en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT queda sin contenido real alguno.

De otro lado, resulta realmente absurdo que el legislador haya previsto en la misma Ley 11/1994 el efecto de nulidad, con el resultado de readmisión obligatoria, y, por tanto, de no extinción de la relación de trabajo (y no de improcedencia) en los casos de incumplimiento de los requisitos de forma en los denominados despidos objetivos (tanto en los individuales y plurales del artículo 52 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, como en los colectivos del artículo 51 de la misma Ley). Sucede además que el legislador, en esos otros supuestos de despidos, ordena la declaración de nulidad de los mismos, no ya por la ausencia de carta de despido o preaviso que comunique los hechos, sino incluso por inexistencia de autorización administrativa en los despidos colectivos (artículo 124 del TALPL) o en el caso de fraude a la ley en esos mismos despidos (artículo 51.1, de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, párrafo final), o en el supuesto de que, aún existiendo carta de despido objetivo singular o plural, no se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización preceptiva (artículo 53.4 en relación al 53.1 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores). Es decir, curiosamente, se da un trato peyorativo por el

legislador a la calificación y efectos de los despidos disciplinarios por ausencia total de forma, frente al trato mejor que se da a los despidos objetivos, sean éstos colectivos o individuales y plurales, en los que incluso la ausencia parcial de forma implica la declaración de nulidad y, por tanto, el derecho a la conservación de la relación laboral y del puesto de trabajo. No explica el legislador qué causa objetiva, razonable ni proporcionada pueda llevar a esa diferencia en la ley entre la calificación y efectos de los despidos disciplinarios y los objetivos. Tampoco a nosotros se nos ocurre ninguna, con lo que se estaría vulnerando asimismo el artículo 14 de la Constitución en la comparación que se efectuaría entre los derechos concedidos en la ley a los trabajadores despedidos disciplinariamente con ausencia de forma (y, por tanto, con desconocimiento de las causas que lo motivan) y los superiores derechos concedidos a los trabajadores despedidos objetivamente con ausencia, no ya total, sino incluso parcial de formas. Sólo podría argumentarse que la causa de esa diferencia de trato en la ley es la superior indemnización que corresponde al despido improcedente, pero obsérvese que la garantía de conservación del puesto de trabajo o, en términos jurídicos, el mantenimiento de la relación laboral, es un derecho establecido en esos supuestos para los trabajadores despedidos por la modalidad objetiva que difícilmente pueda cuantificarse y menos aún si el legislador así no lo ha argumentado en la ley.

Es por ello que debe declararse inconstitucional, ya por este primer submotivo, el último inciso del punto 4 del artículo 55 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores y el inciso final del punto 1 del artículo 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo.

Segundo submotivo: Inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 24.1 de la Constitución, en relación al artículo 53, puntos 2 y 3 de la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la carga de la prueba en los procesos en los que se alegue vulneración de derechos fundamentales de la Constitución.

Como se verá, también por este submotivo, los incisos finales de los dos preceptos citados, deben ser declarados contrarios a la Constitución.

El artículo 24.1 de la Constitución contiene el mandato de tutela judicial efectiva

y de prohibición de indefensión al que nos venimos remitiendo. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye en su seno al derecho predeterminado por la ley con todas las garantías, garantías que se manifiestan como es lógico en la prohibición de toda indefensión en el seno del proceso. El artículo 53.2 de la Constitución ordena, como mecanismo procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de la misma, además del recurso de amparo, el proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios. El artículo 181 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral ordena a su vez que ese proceso sumario y preferente que emana del artículo 53.2 de la Constitución, en los casos de despidos, se encauce por el proceso correspondiente a esta modalidad extintiva del contrato de trabajo. El artículo 59.3 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores establece un plazo de caducidad de veinte días para la interposición de las demandas por despido. La reiteradísima y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional establece un mecanismo probatorio en los procesos en los que se alegue vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución, el cual ha sido resumidamente recogido en el artículo 178.2 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (prueba de indicios a cargo de quien alegue la vulneración y, tras ella, prueba de la contraparte de la existencia de una causa objetiva y razonable, ajena a todo propósito atentatorio a esos derechos fundamentales y libertades públicas, así como la proporcionalidad de las medidas adoptadas).

Pues bien, los párrafos de la Ley 11/1994 que se han reproducido al principio de este motivo del recurso y que tachamos de inconstitucionales, atentan contra toda esa construcción constitucional de la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas y comportan la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución.

En primer lugar, al no ordenarse por el legislador la obligatoriedad de la carta de despido (y/o de las formas complementarias añadidas a la misma por convenio colectivo) para el mantenimiento de la relación laboral, o, dicho de otro modo, al haberse contemplado el efecto de improcedencia (y, por tanto, opción rescisoria del empresario excepto concurrencia de garantías sindicales o de representación

unitaria en el afectado) y no de nulidad (mantenimiento de la relación laboral), se debilita extraordinariamente la exigencia jurídica misma de la carta de despido o la formalidad complementaria establecida "ad hoc" por convenio colectivo, lo que comportará a su vez la concurrencia de graves dificultades a la hora de determinar el plazo de caducidad para la interposición de la propia demanda de despido ante el orden jurisdiccional social. Y, si al mismo tiempo, en el proceso de despido, (que hay que seguir obligatoriamente ex artículo 181 TALPL) se invoca por el trabajador despedido la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas por el empresario al permitir tácitamente, el debilitamiento en la exigibilidad de la carta de despido al empresario, comporta una notable pérdida de seguridad jurídica en el cómputo del "dies a quo" para el ejercicio de esta demanda vía art. 181 TALPL, de tutela específica de los derechos fundamentales y libertades públicas que, constitucionalmente, no puede ser aceptada. Piénsese que, en pura técnica procesal de la prueba, habría de ser el trabajador alegante quien probara la fecha en que el despido se produjo y en la facilidad que el legislador da a los empresarios con tal regulación, tanto de crear situaciones "grises" en cuanto a la fecha de efectos, como incluso de llegar al juicio oral de improviso (con un trabajador que carece de cualquier documento que contenga dicha fecha) y probar por terceros (testifical esencialmente) una fecha que sitúe la demanda en la extemporaneidad. Existe por tanto, a nuestro criterio, afectación al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, con clara indefensión para el trabajador afectado en estos supuestos por la violación por el empresario de derechos fundamentales y libertades públicas. Existe también afectación del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución. Y, finalmente, existe violación por el legislador del mandato a él dirigido por el artículo 53.3 de la misma Constitución, ya que el principio que informa esa regulación que tachamos de inconstitucionalidad no es precisamente el de la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, como ordena ese precepto constitucional, sino por el contrario, la reducción de las garantías para hacer efectivo el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el concreto ámbito de los despidos disciplinarios.

En segundo lugar, resulta además que la "devaluación jurídica" en la exigencia de la carta de despido disciplinario, que el legislador introduce a través de la "rebaja" de la sanción por inexistencia de la misma, no sólo produce los efectos inconstitucionales anteriormente señalados de debilitamiento del proceso sumario de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por la inseguridad que introduce la inexistencia documentada de fecha de efectos de la decisión extintiva en el cómputo del plazo de caducidad, sino que además esa misma "devaluación" produce gravísimos efectos en las posibilidades de que pueda prosperar en cuanto al fondo cualquier demanda de despido disciplinario en la que se alegue la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución.

Con la regulación anterior a la nueva Ley, en la que la carta de despido era requisito "sine qua non" para la extinción de la relación laboral, el empresario estaba obligado formal y materialmente a entregarla al trabajador si quería conseguir el propósito de fondo de todo despido para aquél: la extinción contractual. Con la carta en su poder, el trabajador no sólo tenía constancia de las causas invocadas por el empresario para la extinción contractual por la vía disciplinaria, sino que además el artículo 105.2 del TALPL vetaba al empresario cualquier posibilidad de alegar en juicio cualquier motivo que no estuviera concretado en dicha carta de despido. Por tanto, en la legalidad anterior a la Ley 11/1994, si el trabajador alegaba en la demanda de despido la vulneración por el empresario de un derecho fundamental o libertad pública de la Constitución, tras acreditar los indicios de dicha vulneración, el empresario sólo podía remitirse como causa o causas objetivas y razonables, ajenas a todo propósito de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, a las contenidas en la carta de despido. Estas causas eran previamente conocidas por el trabajador afectado por la presunta vulneración de derechos fundamentales y, en consecuencia, podía oponer a ellas las pruebas oportunas que, en su caso, demostraran la inexistencia o la manifiesta inconsistencia de las mismas y, consiguientemente, la declaración de nulidad del despido. Mediante los preceptos legales que tachamos de inconstitucionalidad, al "devaluarse" jurídicamente la exigencia de la carta de despido se posibilita el que, en este tipo de procesos, cuando se alegue la vulneración de derechos

fundamentales y libertades públicas, y se haya probado indiciariamente, el empresario pueda, en el mismo acto del juicio oral, "sorprender" al trabajador con la alegación de cualquier causa diferente, acompañada de la correspondiente prueba, desconocida totalmente para el trabajador accionante y ello no tendría más sanción que la de considerar el despido meramente improcedente, por no haber aducido los motivos por escrito en la correspondiente carta de despido. No es necesario insistir demasiado en la afectación contraria que ello supone al mandato de tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del artículo 24.1 de la Constitución, así como al propio proceso sumario de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas establecido en el artículo 53.2 de la propia Constitución, a través de la afectación contraria al mecanismo probatorio en este tipo de procesos definido hasta la saciedad por este Tribunal Constitucional y, en muchas ocasiones, con motivo de despidos disciplinarios atentatorios a derechos fundamentales de la Constitución.

Podría argüirse para salvar la inconstitucionalidad que argumentamos en este submotivo que, en tales supuestos de inexistencia de carta de despido disciplinario, los órganos jurisdiccionales del orden social, habrían de prohibir al empresario cualquier defensa posible tras haberse acreditado indiciariamente la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas que, de ese modo, se convertiría en suficiente para la estimación de la demanda, sin posibilidad por parte del demandado de alegar cualquier otra causa ajena a dicha vulneración. Esa salida, sin embargo, también podría plantear problemas de indefensión del artículo 24.1 de la Constitución, en este caso para el empresario demandado, aunque creemos que inferiores a las que reporta al trabajador la inexistencia de carta de despido. También podría argüirse que, en esos supuestos de posible indefensión, el órgano jurisdiccional podría acordar la suspensión del juicio oral conforme a lo establecido en el artículo 83.1 del TALPL, pero aparte de que esa posibilidad queda en dicho precepto al libre criterio del juzgador (el término "podrá" no deja lugar a dudas), ello iría en contra del mismo carácter sumario y urgente en cuya clave está diseñado el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en el artículo 53.2 de la Constitución, y, además, el distanciamiento que se habría producido en el tiempo entre el hecho del despido (y, por tanto, la ausencia del

trabajador de la empresa y de sus compañeros de trabajo) y esa suspensión potestativa judicial dificultarían lógicamente las posibilidades de prueba del trabajador afectado sobre las causas alegadas extemporáneamente por el empresario.

Es por todo ello que consideramos que, también por este segundo submotivo del recurso, deben ser declarados inconstitucionales los incisos finales de los preceptos legales citados en el comienzo del motivo que nos ocupa.

**OCTAVO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 137.BIS APARTADO SEXTO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY 11/1994 DE 19 DE MAYO (BOE DE 23 DE MAYO)**

Este precepto legal establece que si el empresario no procede a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciere de modo irregular el trabajador puede solicitar la ejecución del fallo y en ejecución de este fallo el Juzgado de lo Social declara extinguida la relación laboral conforme a lo establecido en los arts. 276, 277 y 278 de la Ley de Procedimiento Laboral. Es decir, la ejecución del fallo de este tipo de sentencias se ejecuta en idénticas condiciones que los despidos improcedentes, aún cuando la decisión empresarial adoptada no haya sido de extinción sino de modificación de condiciones de trabajo.

Pues bien es precisamente esta equiparación, en cuanto a la modalidad procesal de ejecución de sentencias, entre la dictada en el proceso regulado en el 137.bis y la dictada en el caso de despido improcedente, la que se reprocha como inconstitucional, por los siguientes motivos:

**A) INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL 117 Y CON EL 117.3 Y CON EL 14 Y 9.2 Y EN RELACIÓN CON EL 35.1 DE LA CONSTITUCIÓN.**

Hay que partir de la base que si la sentencia dictada en el proceso del 137.bis declara injustificada la decisión empresarial de movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo, está declarando a su vez que no existen ni razones técnicas, ni organizativas, ni económicas ni de producción que justifiquen la citada decisión empresarial.

Con lo cual está decisión empresarial de modificación de condiciones de trabajo y no extinción es una decisión arbitraria y completamente irrazonable.

Pues bien, la negativa del empresario a rectificar una decisión propia arbitraria e irrazonable, no puede quedar amparada jurídicamente por el principio constitucional de libertad de empresa y de protección de la iniciativa económica privada, si a su vez está decisión empresarial afecta a preceptos constitucionales algunos de ellos con rango de derecho fundamental.

Hay que tener en cuenta que el objeto del proceso en su fase cognitiva declarativa es la anulación de la decisión empresarial de modificación de las condiciones de trabajo y sin embargo en su fase ejecutiva el proceso se transforma radicalmente hasta el punto de configurarse un objeto procesal nuevo y distinto como es la extinción del contrato de trabajo con indemnización económica. Lo que en el objeto inicial era modificación del contrato, en la fase ejecutiva se transforma en una situación completamente distinta como es la extinción.

Pues bien, este cambio tan radical en el objeto procesal de la fase cognitiva en relación con el objeto procesal de la fase ejecutiva viola el principio de congruencia que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial, puesto que no existe una adecuación razonable entre lo resuelto en la sentencia anulación de una decisión empresarial de modificación y lo resuelto en ejecución de la misma: extinción del contrato, no por decisión del empresario, sino "ope legis" con indemnización económica.

Hay que tener en cuenta que la sentencia 124/92 de 28 de septiembre (BOE 29 de octubre de 1992) establece una conexión directa entre la congruencia prevista en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 24 de la Constitución, doctrina ésta que es aplicable a la conexión y coherencia que debe existir entre el fallo o resolución judicial declarativa o de condena que resuelve el pleito y la fase de ejecución judicial o de garantía jurisdiccional de cumplimiento forzoso del mismo, de tal modo que no puede existir una modificación radical entre lo acordado y fallado en la sentencia y lo cumplido en su ejecución.

En idéntica línea la sentencia del Tribunal Constitucional 73/91, de 8 de abril, entre otras muchas declara que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que no se produzca incongruencia y que, por tanto, el objeto procesal

no pueda ser modificado en la fase de ejecución de la sentencia.

Pues bien resulta incongruente y por tanto vulnerador del art. 24 C.E. que una pretensión procesal de anulación de la decisión empresarial por parte del demandante y, por tanto, la reposición de éste en su trabajo en las condiciones que tenfa, se convierta sin que haya mediado despido ni decisión empresarial de extinción, en un objeto procesal distinto, como es la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Tan radical discordancia entre el objeto procesal propio de la fase cognitiva del proceso y el objeto procesal incorporado a la fase ejecutiva viola el art. 24 de la Constitución en su vertiente de prohibición de incongruencia y, por tanto, exigencia de adecuación entre la pretensión del demandante y la respuesta judicial razonada sobre la misma.

El presupuesto para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial es el principio de intangibilidad de la sentencia firme. "La tutela efectiva incluye también el respeto a la firmeza de las resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas" (STC 159/87).

Si la sentencia declara que la pretensión es conforme al ordenamiento jurídico y accede a lo pedido, la tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial y el que accionó obtenga lo pedido.

La realización del mandato puede tener lugar porque la persona obligada lo cumpla voluntariamente, sin oponerse a la decisión judicial. Pero si el obligado se resiste de cualquier manera a realizar lo mandado, el estado -que prohíbe la autodefensa- debe emplear los medios necesarios para superar la resistencia, llegando al empleo de la fuerza para lograrlo.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, comporta la efectividad del fallo; es decir, que el tribunal adopte las medidas conducentes a ello (STC 26/83), ya que en virtud del artículo 117.3 CE corresponde a los tribunales, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por tanto, la regulación contenida en este precepto vulnera el art. 24 de la Constitución en su vertiente de prohibición de incongruencia entre lo acordado en la sentencia y lo decidido en la fase de ejecución puesto que un acto de modificación ilícito no puede transformarse, en fase de ejecución de la sentencia que lo declara ilícito en un acto de extinción de la relación laboral.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que esta norma no se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 123/92, 98/93, 177/93 y 20/94 de 27 de enero, en las que se establece que la Constitución exige que el derecho laboral no proporcione una reacción tuitiva y de protección adecuada favorable al trabajador contra el despido empresarial, en vez de fomentar y facilitar un despido sin causa o despido arbitrario.

Tanto es así que en el propio fundamento jurídico párrafo 2º de la sentencia 20/94 de 27 de enero se establece literalmente lo siguiente:

"En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido por cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del estado de derecho (art. 1 CE) cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993). Estas reflexiones reconducen el discurso a la igualdad efectiva, traída a cuento en un principio".

Por tanto, es doctrina del tribunal Constitucional firme y consolidada, que en el Derecho del Trabajo las normas sustantivas y las procesales sirven a un mismo fin: compensar la desigualdad sustancial en que el trabajador se encuentra social y económicamente frente al empresario y frente a la sociedad. Además de la ya citada, esta también en idéntico sentido la STC 222/82 y 3/83 F.J. 3º.

Por tanto resulta constitucionalmente inadmisibles y violador y vulnerador del art. 14 en relación con el 9.2 y 1 de la Constitución que una norma procesal en vez de favorecer el derecho constitucional al trabajo y al mantenimiento del empleo y a la no rescisión del contrato de trabajo salvo causa justificada, facilite, promueva e incentive el que una decisión empresarial arbitraria, carente de objetividad y de razonabilidad desde el punto de vista incluso de la libertad de empresa y la iniciativa económica privada (no concurrencia de razones técnicas, organizativa de producción y económicas), termine por convertir en ejecución de sentencia esta decisión en una extinción de contrato de trabajo con derecho a una indemnización

económica.

**B.- NO ES DE APLICACIÓN LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA 69/83 DE 26 DE JUNIO (BOE DE 18 DE JULIO) SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EN EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA QUE DECLARA UN DESPIDO NULO Y CONDENA LA READMISIÓN PUEDA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA SUSTITUIRSE LA READMISIÓN POR UN EQUIVALENTE ECONÓMICO O INDEMNIZACIÓN SUSTITUTORIA.**

En esta doctrina del Tribunal Constitucional siempre se ha declarado que la ejecución en la que en vez de lograrse la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo se produce una sustitución por un equivalente pecuniario, solamente esta justificada si concurren razones objetivas atendibles y, a su vez, no se conculcan ni lesionan otros preceptos ni valores constitucionales, siempre y cuando la sentencia judicial sea efectiva y el derecho del ciudadano reciba satisfacción.

Pues bien, en este caso concreto, no se produce una decisión empresarial de despido o de extinción del contrato de trabajo y, por lo tanto, el derecho del que reclama y el objeto del proceso no es en absoluto si este despido o extinción del contrato de trabajo resulta ajustado o no a derecho, por lo cual la efectividad de la sentencia que declara arbitraria o ilícita la decisión empresarial de traslado o de movilidad geográfica o de cambio de condiciones de trabajo, no tiene ninguna conexión con la indemnización económica por extinción del contrato de trabajo y, además, el interés jurídico incorporado a la pretensión procesal del demandante y tutelado por el ordenamiento no tiene tampoco nada que ver con el carácter justificado o no del despido o de la extinción del contrato de trabajo.

La decisión empresarial de despedir o extinguir el contrato de trabajo es un acto jurídico constitutivo, es decir implica que el mismo queda automáticamente extinguido sin que la eficacia constitutiva citada este supeditada a la confirmación judicial del mismo. Pues bien la doctrina constitucional que permite sustituir la reincorporación por la indemnización económica del despido que ya se produjo en su día y de la extinción que ya el empresario decidió, no puede ser trasladada por el legislador a otra situación jurídicamente distinta en la que el empresario no ha despedido y el contrato de trabajo esta vivo y además la decisión empresarial de

otra naturaleza y de otro contenido ha sido declarada judicialmente arbitraria y caprichosa.

Por tanto, la doctrina constitucional elaborada sobre la base de un despido acordado por la empresa, no es trasladable a otra situación en que la empresa modifica arbitrariamente las condiciones de trabajo, y el empleado no quiere la extinción con indemnización, sino que solicita ante el Juez la anulación de esta decisión empresarial. Ha de tenerse en cuenta como elemento jurídico trascendental que, en este caso concreto, el empleado no solicita, ni opta ni puede optar por la resolución indemnizada de su contrato, sino que contra su voluntad se ve obligado a ello, ante un comportamiento empresarial arbitrario, ilegal y que incumple la sentencia.

En consecuencia, cambiar tan absolutamente el interés jurídico protegido en la sentencia y el objeto del proceso hasta el punto de incorporar en la modalidad de ejecución, un objeto procesal nuevo y distinto, como es la indemnización por la extinción del contrato de trabajo, no es coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en éstas y en otras similares como la 73/91 de 8 de abril.

A mayor abundamiento, no existe ninguna razón con relevancia constitucional como para justificar un cambio tan radical entre lo estatuido en el fallo, una decisión empresarial nula y arbitraria, relacionada con cambio en las condiciones de trabajo y la indemnización económica por un despido improcedente, que no ha existido, puesto que no ha sido acordado por el empresario.

La ausencia de razones jurídicamente atendibles y con relevancia constitucional, esta incorporada a la propia resolución judicial que se dicta en el proceso del 137.bis, ya que el pronunciamiento jurisdiccional incorpora la declaración de que no existen ningún tipo de razón objetiva, ni técnica, ni productiva ni de organización que justifique la decisión del empresario.

Por lo tanto, no es aplicable esta doctrina del Tribunal Constitucional para este caso concreto.

La no aplicabilidad de esta doctrina del Tribunal Constitucional que justifica la discordancia entre lo acordado en el fallo y la modalidad de ejecución queda reforzada si se tiene en cuenta que de conformidad con la sentencia ya citada 73/91 de 8 de abril y otras muchas, el derecho a la tutela judicial efectiva

comprende también el derecho a que no se produzca incongruencia y a que por tanto el objeto procesal no pueda ser modificado en la fase de la ejecución de la sentencia.

**C.- EL PRECEPTO CITADO ES INCONSTITUCIONAL POR CUANTO NO ESTABLECE NINGÚN TIPO DE PROTECCIÓN LEGAL PARA EL CASO DE REPRESENTANTES SINDICALES, ELECTOS O DEL SINDICATO QUE HAN SIDO OBJETOS DE TRASLADO O DE MODIFICACIÓN DE SUS CONDICIONES DE TRABAJO Y QUE HAN OBTENIDO UNA SENTENCIA FAVORABLE Y QUE NO OBSTANTE A LA HORA DE LA EJECUCIÓN DE LA MISMA LA PURA APLICACIÓN LITERAL DEL PRECEPTO DETERMINARA LA EXTINCIÓN INDEMNIZADA DE SUS CONTRATOS DE TRABAJO.**

Según los preceptos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y de la Ley de Procedimiento Laboral el despido de un representante electo de los trabajadores o de un delegado sindical de los contemplados en la LOLS no puede dar lugar aun cuando sea declarado improcedente a una indemnización económica salvo que el representante explícitamente opte por esta indemnización en vez de por la readmisión en su centro e trabajo.

Con ello y según múltiples sentencias del Tribunal Constitucional entre otras la, 78/82 de 20 de diciembre BOE de 15 de enero de 1983, y múltiples posteriores, nuestro ordenamiento jurídica se ajusta a lo ordenado en el convenio 135 de la OIT, sobre protección de los representantes sindicales de los trabajadores en la empresa, tutela de su actividad.

Esta protección frente al despido improcedente o no justificado de los representantes sindicales, constituye por tanto, una exigencia que según nuestro Tribunal Constitucional no nace solo de la pura literalidad de la legalidad ordinaria sino que emana directamente del art. 28.1 de la Constitución, interpretado según ordena el 10.2 de la norma suprema de conformidad con el convenio 135 de la OIT y la recomendación 143.

De ahí, por tanto, que resulte una vulneración del propio art. 28.1 de la Constitución en su vertiente de protección del representante sindical en la empresa, conforme ha declarado ya por las sentencia 78/82 de 20 de diciembre y 15 de

enero de 1983, entre otras, de la regulación contenida en el citado precepto legal. Puesto que no contempla el derecho del representante a optar por la pervivencia de su contrato de trabajo, y puede facilitar, por tanto, actuaciones empresariales contra el interés colectivo encarnado en el representante sindical, consistentes en modificar las condiciones de trabajo de éste como fase que inexorablemente conducirá a la extinción del contrato del representante, con lo cual la inmunidad e inviolabilidad representativa de éste que tiene relevancia constitucional (STC de 20 de diciembre de 1982 y 22 de diciembre de 1982) desaparece.

Si un precepto de legalidad ordinaria, como el que ya tantas veces hemos reseñado, no establece una protección tendente a garantizar el mantenimiento del empleo y del ejercicio de la función sindical representativa por parte del representante, que sufre una decisión empresarial de modificación de sus condiciones de trabajo que es declarada ilícita por el orden jurisdiccional, pero que tiene como resultado necesario en ejecución de la sentencia la extinción del contrato de trabajo de ese representante sindical, constituye una vía abierta para los empresarios a fin de conseguir la extinción de los contratos de trabajo de los representantes sindicales y/o unitarios de los trabajadores alegando simplemente la concurrencia de una causa técnica, organizativa, económica, o productiva que dándose en grado insuficiente sea declarada injustificada por el órgano jurisdiccional.

Vulnera por tanto el art. 28.1 de la Constitución la regulación legal que establezca como reacción del ordenamiento jurídico ante la decisión injustificada de la empresa de trasladar o modificar las condiciones de trabajo del representante sindical, la de extinción del contrato con indemnización y no la de reintegración del representante en sus condiciones laborales y en el ejercicio de sus funciones sindicales representativas. Máxime cuando ni siquiera la regulación legal le da opción al propio representante sino que se produce "ope legis" la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

Son precisamente estos derechos inherentes a la representación los que han sido vulnerados al no atribuir la opción por la readmisión, sino extinguir el contrato de trabajo contra la voluntad incluso del representante.

**D.- EL PRECEPTO PROCESAL CITADO VULNERA EL ART. 24 DE LA**

**CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL ART. 5.C) DEL CONVENIO 158 DE LA OIT PUESTO QUE SANCIONA AL TRABAJADOR QUE DEMANDA LA DEFENSA DE SUS DERECHOS A LA MODIFICACIÓN NO JUSTIFICADA DE SUS CONDICIONES DE TRABAJO CON EL DESPIDO Y EXTINCIÓN DE SU CONTRATO.**

Con este precepto procesal se produce el siguiente efecto jurídico, el trabajador que ejercita su derecho fundamental a interponer una demanda o participa en un procedimiento entablado contra su empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o convenios en vez de obtener como respuesta jurídica la prohibición al empresario de despedirle y extinguirle el contrato de trabajo basado en esta causa (como impone el art. 5.c) del convenio 158 de la OIT ratificado por España (BOE 29 de julio de 1985) obtiene como respuesta la extinción indemnizada en su contrato de trabajo sin que haya mediado previamente la decisión del empresario de despedir. Con esta regulación la ley castiga y no protege el ejercicio del derecho fundamental a interponer una demanda, es decir el derecho fundamental a la tutela judicial, hasta el punto de que es la propia ley en el art. 137.bis.6º) la que ordena que después de que se dicte la sentencia de anulación de la decisión empresarial por arbitraria el trabajador demandante que impetra la tutela judicial sufra y soporte la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

Hay que tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias que definen el alcance de la tutela judicial efectiva en relación con el despido acordado por la empresa como consecuencia de ejercer el trabajador este derecho fundamental en algunas de sus manifestaciones.

El propio TC en estas dos sentencias ha tenido ocasión de establecer el alcance de la tutela judicial efectiva en relación con el despido acordado por la empresa como consecuencia de ejercer el trabajador este derecho fundamental en alguna de sus manifestaciones. Así la sentencia 7/93 de 18 de enero BOE 12 de febrero de 1993 y la sentencia 14/93 de 18 de enero BOE de 12 de febrero, en la cual se contempla el caso de trabajador del Ministerio de Educación y Ciencia que participa en una acción judicial y posteriormente es despedido como consecuencia derivada de la misma.

En ambas sentencias el Tribunal Constitucional aplica el contenido del art. 5.c) del

convenio 158 de la OIT, ratificado por España (BOE de 29 de julio de 1985) que establece una exclusión taxativa e imperativa de entre las causas validas de terminación del contrato de trabajo: "El haber planteado una queja o haber participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes".

El artículo 24.1 CE reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en derecho, esto es, a "una prestación que corresponde (proporcionar) al órgano jurisdiccional, de acuerdo con la naturaleza del proceso y la ordenación legal del mismo" (SSTC 165/1988 y 151/1990). Pero dicho derecho no solo se satisface mediante la actuaciones de los jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de la indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones publica o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos" y en este caso concreto, debe traducirse en que la anulación judicial de la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo o del traslado, no puede desencadenar como reacción legal ante el incumplimiento del empresario a cumplir la sentencia un mecanismo de ejecución judicial que perjudica muy gravemente a quien ha ejercitado el derecho fundamental a la tutela judicial, hasta el punto de extinguirle su contrato de trabajo. Como el precepto legal establece la extinción del contrato de trabajo del demandante con sentencia favorable, está perjudicando el derecho de éste al mantenimiento de su empleo y sancionando en la práctica el ejercicio del derecho a interponer una demanda.

**NOVENO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad del precepto legal contenido en el artículo 41.2 párrafo 3º y 4º: "La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el título iii de la presente ley solo podrá producirse por acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren**

**las letras b), c), d) y e) del apartado anterior.**

**No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el n.º. 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de 90 días a un número de trabajadores inferior a:**

- ***Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores***
- ***El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.***
- ***Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”.***

**A.- Marco constitucional sobre alcance de la regla del art. 37.1 De la constitución española sobre fuerza vinculante del convenio.**

El precepto señalado hay que relacionarlo necesariamente con los arts. 3 y 82 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, los cuales establecen, como se sabe, que los convenios colectivos estatutarios tienen como efecto vinculante la fuerza normativa o vinculabilidad "erga omnes" para todos los trabajadores y empresarios situados en el seno del ámbito de negociación del convenio. Al mismo tiempo el art. 3 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, en desarrollo del art. 9 de la Constitución concreta el principio de jerarquía normativa sometiendo la autonomía individual al respeto del derecho necesario establecido en los convenios colectivos como normas de superior rango.

Así, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico la autonomía individual del empresario no es vehículo idóneo para modificar lo establecido como derecho necesario por un convenio colectivo estatutario. Por consiguiente, cualquier acto del empresario en ejercicio de su autonomía individual que atente contra lo establecido en un convenio colectivo como norma de "ius cogens" vulnera la fuerza vinculante atribuida a la negociación colectiva por el art. 37.1 de la Constitución. El art. 82 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, como hemos dicho, ordena la fuerza normativa como manifestación específica para el convenio estatutario de la fuerza vinculante del art. 37.1 de la Constitución, y únicamente dicho precepto (art. 82 ET) contempla como excepción a dicha fuerza normativa las denominadas cláusulas de descuelgue salarial, las cuales según lo establecido en el art. 85 de la

misma Ley Estatuto de los Trabajadores han de formar parte del contenido mínimo de los convenios colectivos. En ese sentido, esas cláusulas de descuelgue salarial contenidas en los mismo convenios colectivos no constituyen vulneración de la fuerza vinculante del convenio contemplada en el art. 37.1 de la Constitución, ya que es el propio convenio colectivo el que contempla esa posibilidad de no aplicación de alguna de sus cláusulas. Ahora bien, el legislador no ha contemplado, ni en el art. 82 de la Ley Estatuto de los Trabajadores, ni en el art. 85 de la misma ley ninguna otra excepción a la fuerza normativa o vinculante de los convenios colectivos estatutarios.

Sin embargo, contradiciendo lo anterior, el art. 41 ET en su punto 2 contiene la siguiente ordenación: "LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS REGULADOS EN EL TÍTULO TERCERO DE LA PRESENTE LEY SÓLO PODRÁ REALIZARSE POR ACUERDO ENTRE LA EMPRESA Y LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES Y RESPECTO DE LAS MATERIAS A LAS QUE SE REFIEREN LAS LETRAS B), C), D) Y E) DEL APARTADO ANTERIOR" (horarios, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento).

Por su lado, el punto 4 del mismo art. 41 ET establece la posibilidad de que el empresario, tras un período de consultas, **y utilizando exclusivamente su autonomía individual, pueda introducir modificaciones a lo establecido por pacto colectivo o acuerdo colectivo.**

La regulación antes expresada comporta por tanto que el contenido obligatorio de un convenio colectivo estatutario en las materias antes expresadas, puede ser modificado en una primera actuación, mediante su "reconversión" en "acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores", y, en una segunda actuación el contenido de dicho acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores puede ser a su vez modificado por la sola y exclusiva voluntad unilateral del empresario sin más requisito que el previo sometimiento a un período de consultas no vinculante.

Es ahí donde, en nuestro criterio, se vulnera abiertamente la fuerza vinculante de los convenios colectivos establecida por el art. 37.1 de la Constitución e incluso se atenta contra el principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.3 de la

misma Constitución, pues no es posible constitucionalmente que el legislador ordinario establezca que la autonomía individual del empresario puede modificar lo establecido con carácter necesario en un convenio colectivo.

Incluso es cuando menos discutible constitucionalmente que lo establecido por convenio colectivo estatutario (excepción hecha de las cláusulas de descuelgue salarial expresamente contempladas en el punto 3 del art. 82 ET) pueda ser modificado por pacto colectivo extraestatutario o por "acuerdo colectivo", ya que ambos institutos jurídicos de la autonomía colectiva se encuentran jerárquicamente situados por debajo del convenio colectivo estatutario y, por tanto, no pueden ir contra el mismo. En este supuesto, se produciría la vulneración del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 de la Constitución, aunque la afectación al art. 37.1 de la Constitución sería más dudosa ya que en el mismo se contempla la fuerza vinculante del convenio colectivo como efecto predicable, tanto del convenio colectivo estatutario como del convenio colectivo extraestatutario. Pero lo que queda fuera de toda duda es que cualquier modificación de un convenio colectivo estatutario, al igual que de un convenio colectivo extraestatutario, a través de ña autonomía individual del empresario, choca frontalmente con el mandato de fuerza vinculante del art. 37.1 de la Constitución.

El modelo constitucional de negociación colectiva otorga a la representación profesional y sindical una posición de privilegio, consistente en la normación de condiciones de trabajo directamente aplicable a todos los trabajadores a través de los convenios colectivos. Así se ha entendido doctrinal y jurisprudencialmente: "La aplicación de un convenio colectivo (señalaba el TCT en su sentencia de 4 de octubre de 1985 R.A.5878) dentro de cuyo ámbito se encuentran empresa y trabajadores no es materia sometida a la decisión de los interesados y menos aún literalmente de solo uno de ellos, sino que la eficacia normativa de que goza el pacto colectivo, desde su artículo 37 de la Constitución, somete a unas cláusulas a quienes resultan ser partes en su negociación como consecuencia del cumplimiento de las prevenciones legales ordenadoras de la representación y formación de las voluntades colectivas negociadoras, todo ello a tenor del Título III del ET".

El Tribunal Constitucional en forma clara ha abordado esta cuestión.

Así la sentencia TC 58/1985 de 30 de abril (BOE 5 de junio de 1985), al estudiar la problemática de las jubilaciones anticipadas pactadas en convenio colectivo, tras manifestar que "el tema de la regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales constituye, de seguro, una de las cuestiones complejas y delicadas del Derecho del Trabajo", ha declarado contundentemente:

"Desde el punto de vista general, los problemas derivados de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual han de solventarse mediante la conjunción de dos principios básicos: Primero, que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes; y segundo, que **no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva**, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo y contradiría el propio significado del convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de estos para la efectiva promoción de aquéllos. Incluso más aún. En un sistema constitucional de relaciones laborales como el español asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura, actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar general".

Por tanto, existe una clara disponibilidad de los derechos individuales en la

1262 CC- o consentimiento esté viciado en modo alguno).

La segunda, que con este proceder los trabajadores que consienten en la modificación de su jornada, no disponen inválidamente sobre derechos disponibles según la regulación del convenio colectivo, porque la nueva jornada en cómputo anual es inferior a la pactada colectivamente por lo que en principio es más favorable".

Pese al sobresalto que esta sentencia creó en medios iuslaboralista, lo cierto es que este criterio sólo se aplicó por dicho Tribunal en el pronunciamiento referido y en las sentencias de 26 de enero de 1987 (Ar. 2036/87) y la de 26 de octubre de 1988, anulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia ya indicada de 1 de julio de 1992, mientras que en sentido contrario se ha erigido una importante doctrina y jurisprudencia incluso posterior.

El supuesto de hecho de la sentencia última del Tribunal Constitucional era el siguiente: El Grupo Asegurador Catalana-Occidente en marzo de 1987, ofreció a los trabajadores mediante anuncio público en los centros de trabajo, la posibilidad de modificar, de modo libre, voluntario e individual, el horario de jornada continuada que venían prestando de lunes a sábado a otro de jornada partida, con una determinada retribución. Ello vulneraba el contenido del art. 7 del convenio colectivo de ámbito estatal de empresas de seguros que imponía la jornada continuada, y se hizo sin consulta a los representantes de los trabajadores.

Interpuesto conflicto colectivo por vulneración de la mencionada norma paccionada y del art. 41 del ET, tras una serie de problemas formales, la Magistratura de Trabajo nº. 4 de Barcelona, desestimó el conflicto, al entender que la modificación no había sido impuesta, sino producto de una serie de ofertas libremente aceptadas por los trabajadores interesados. El Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 26 de octubre de 1988 (Ar. 497/88) desestimó el recurso interpuesto.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia analizada, estima el amparo solicitado, al entender que la decisión judicial vulnera el art. 28.1 de la Constitución, es decir, el Derecho Fundamental de Libertad Sindical.

Para ello, el Tribunal Constitucional parte de la consideración inicial que el derecho a la negociación colectiva forma parte del derecho de libertad sindical: "Ello es así (...) por erigirse la negociación colectiva en un medio para el ejercicio de la acción

sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la Constitución (STC 96/1985) o, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1986, porque la libertad sindical comprende inexcusablemente también aquellos medios de acción sindical (entre ellos la negociación colectiva) que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a que está llamado por la Constitución. **Por lo tanto, negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos, ha de entenderse no sólo como una práctica vulneradora del art. 37.1 de la Constitución y de la fuerza vinculante de los convenios por dicho precepto declarada, sino también como una violación del derecho a la libertad sindical".**

Tras esta declaración el Tribunal Constitucional afirma: "a la luz de la doctrina que queda expuesta ha de examinarse el problema debatido en este recurso, es decir, si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación de una oferta voluntaria formulada por la empresa puede modificar respecto de los mismos el contenido de lo pacto con carácter general (...) por el convenio colectivo. **La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva, plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el artículo 37.1 de la Constitución Española".**

Finaliza la sentencia afirmado: "A este respecto no cabe decir, como se sostiene en las sentencias impugnadas en este recurso, que el convenio colectivo permanece vigente, pues su contenido no se altera para aquellos trabajadores que no acepten la oferta de la empresa (...). Esto significa, como ya hemos dicho, la quiebra de la fuerza vinculante y el carácter normativo que tiene legalmente reconocidos los pactos sustanciales del convenio. Con ello no queremos decir, naturalmente, que los convenios colectivos petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas organizativas o productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como en general en todas las relaciones jurídicas. Pero en los propios convenios colectivos y en el Estatuto de los

negociación colectiva, siempre que aquéllos se limiten en aras de un interés común y colectivo, el lógico desarrollo del sistema constitucional de relaciones laborales. El criterio constitucional de primacía de la disponibilidad colectiva sobre la individual ha sido reiteradamente recogido por la jurisprudencia y la doctrina. Es destacable la sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 25 de octubre de 1985 (R.A. 5923) en la que se declaró:

"El convenio colectivo en bloque es derecho necesario e indisponible respecto del contrato individual" ya que "otra cosa supondría desconocer el carácter normativo del convenio colectivo y elevar a mayor rango la voluntad individual sobre la colectiva creadora de la norma, la que enlaza a su vez, con el principio de irrenunciabilidad de las normas laborales".

Ese mismo Tribunal en sentencia de 5 de abril de 1988 (R.A. 141) manifestaba:

"Si pudiera variarse el texto y las condiciones del convenio por medio de pactos como el que esgrime la patronal, tendríamos al día siguiente de la firma de todos y cada uno de los convenios, una sarta de pactos de ese calibre que desvirtuarían los textos de los convenios colectivos negociados global e indivisiblemente".

Mención expresa, por los ríos de tinta que ha hecho correr, merece la famosa sentencia del TCT de 7 de marzo de 1988 (R.A. 102). Dicho Tribunal en sentido contrario al hasta ahora referido, en dicho pronunciamiento analizaba el comportamiento empresarial que consistió en la emisión de una circular con una propuesta de contratos individuales con horarios diferentes a los expresamente acordados en convenio. El TCT decidió, ante el conflicto colectivo interpuesto contra la misma, que no era una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, porque el mencionado escrito se limitaba a emitir una oferta de trabajo y no una orden unilateral, siendo de aplicación el nuevo horario únicamente cuando se produce una aceptación voluntaria.

"Lo decisivo para (esta sentencia) son dos consideraciones. La primera, el carácter voluntario de la aceptación individual a la que se le concede virtualidad para modificar lo convenido colectivamente (porque son los trabajadores quienes con su aceptación voluntaria consuman y perfeccionan el negocio jurídico vinculante, sin que conste que dicha aceptación -vía art.

Trabajadores, se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. De no hacerse así y mantenerse vigente un convenio sin que en determinadas partes esenciales del mismo (...) sean de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio. Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan, permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que permiten los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismo y en el carácter normativo pactado en ellos".

La sentencia de 11 de junio de 1992 acota la esfera de aplicación del artículo 41, para que sea compatible con el derecho de negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios establecidos en el artículo 37 de la Constitución, manifestando que únicamente cuando la concreta modificación sustancial de las condiciones de trabajo no esté regulada en un convenio vigente, o comprendida en una negociación en curso, es posible acudir a esta vía. Por tanto, la posibilidad de modificación por el cauce del artículo 41 LET ha de entenderse referido exclusivamente a las condiciones de trabajo de origen contractual, sin permitir el establecimiento en perjuicio del trabajador de condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales u los convenios colectivos (F.J. 4º), ya que, en opinión del Tribunal, no es posible que mediante una decisión administrativa se autorice la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en los convenios colectivos, ya que esto supondría desconocer su fuerza vinculante.

En definitiva, la regulación en convenio colectivo restringe y sujeta el poder de dirección del empresario, que no podrá modificar las condiciones sustanciales reguladas en el convenio, y, respecto a las condiciones sustanciales de origen contractual, no podrá efectuarlas de modo unilateral por exceder del poder de dirección ordinario, sino mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores, o con autorización de la Autoridad Laboral, por las causas tasadas y mediante el procedimiento establecido en el artículo 41 LET y Real Decreto 696/80 de 14 de abril.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 otorga amparo constitucional en el caso de prácticas que nieguen, obstaculicen o desvirtúen el ejercicio de la negociación colectiva de los sindicatos, por cuanto no sólo vulneran el artículo 37.1 de la Constitución Española, sino el derecho a la libertad que consagra el artículo 28.1 CE; por cuanto la negociación colectiva es un medio para el ejercicio de la actividad en defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que son propios de las organizaciones sindicales.

Aplicando esta doctrina concluye que la aceptación por los trabajadores de una oferta formulada por la empresa, que modifique, respecto de las mismas, el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio respecto a la distribución de la jornada, quiebra el sistema de negociación colectiva, configurado por la Constitución, que determina la fuerza vinculante de los convenios legalmente pactados entre sindicatos y representaciones empresariales.

Idénticas conclusiones que el Tribunal Constitucional han sido ya establecidas por las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de fecha 21 de julio de 1992, con nº. de recurso 649/92, Ponente Ilmo Sr. Rentero y con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 5 de mayo de 1992, con el nº. de recurso de conflicto colectivo nº. 1440/92, Ponente Ilmo Sr. Linares Lorente.

#### **B.- ANÁLISIS MÁS ESPECIFICO DE LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS.**

En efecto, el art. 41.2, tercer párrafo, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la nueva redacción dada por la ley 11/1994, establece que "la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente ley, sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a que se refieren las letras b), c), d) y e) del apartado anterior", es decir, lo referido a horario, turnos de trabajo, sistemas de remuneración, organización del trabajo y sistema de rendimiento. Es de destacar que, mientras que un supuesto análogo en materia salarial, regulado en el art. 82.3 ET, es el propio convenio colectivo el que debe prever las condiciones y los procedimientos para la inaplicación del régimen salarial previsto en él a las empresas cuya "estabilidad económica" pudiera verse dañada por su aplicación, en el presente artículo pierden vigencia los contenidos regulados

por el convenio estatutario sin que sea este mismo instrumento normativo quien establezca las condiciones y los requisitos para proceder a su inaplicación, bastando simplemente el acuerdo entre los representantes de los trabajadores en la empresa y el empleador.

Es inseparable esta problemática de la que suscitó hace algunos años en la práctica de nuestras relaciones laborales. Muchos quizá recordarán que durante tiempo la doctrina y la jurisprudencia española se explayaron sobre el margen de existencia de algunas iniciativas que buscaban una distribución del horario de trabajo en empresas aisladas, mediante la determinación de un régimen diferente al pactado en el convenio de sector, lo que, junto con otras prácticas que buscaban la quiebra del valor normativo de los convenio colectivos, dió lugar a todo un debate sobre las manifestaciones de individualización del Derecho Sindical en nuestro ordenamiento laboral (M<sup>o</sup> E. Casas Baamonde, " La individualización de las relaciones laborales", RL nº 20-21 (1991), pags. 140-145). Entre estas tendencias, destacaba la utilización de los acuerdos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o, en su defecto, del procedimiento de autorización administrativa previsto en el viejo art. 41 ET, como técnica de modificación del convenio colectivo en la empresa, alegando razones técnicas, organizativas o productivas, que es exactamente el caso que se está examinado.

Aquel debate doctrinal y judicial culminó en la justicia constitucional, puesto que lo que había en juego era, justamente, el elemento configurador neurálgico del sistema de relaciones laborales. Así lo reconoció un importante pronunciamiento del TC en su Sentencia 92/1992, de 11 de junio. En ella se analizaba en concreto el empleo del procedimiento administrativo del art. 41 ET como forma de modificación empresarial de las condiciones de trabajo previstas y reguladas en convenio colectivo. La conclusión a la que llegó dicha Sentencia, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto, era que el reconocimiento en el art. 37.1 CE del derecho de negociación colectiva no permitía "la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE". Es evidente que esta doctrina es perfectamente aplicable al

precepto impugnado, al que desautoriza constitucionalmente.

Estas conclusiones eran fácilmente extrapolables también a los acuerdos de empresa de modificación sustancial de condiciones de trabajo, integrando esta doctrina con la también afirmada por el TC, esta vez resolviendo un recurso de amparo, en la STC 105/1992, de 1 de julio, sobre la fuerza vinculante y el carácter normativo de los convenios colectivos. En efecto, esta importante Sentencia establece que este punto de partida no significa -"naturalmente"- que los convenios colectivo petrifiquen o hagan inalterables las condiciones de trabajo en ellos pactadas, sometidas siempre a las fluctuaciones técnicas, organizativas, productivas o de cualquier otro orden que surgen por el paso del tiempo en las relaciones laborales como, en general, en todas las relaciones jurídicas: en los propios convenios colectivos y en el ET se establece el sistema para su modificación o denuncia, contando siempre con la voluntad de la representación legítima de las partes. Tanto es así que - prosigue la STC 105/1992 -de mantenerse vigente un convenio sin que determinadas partes esenciales del mismo sean de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio: "Sólo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representan permite la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos".

A su vez, por terminar esta serie jurisprudencial, la STC 208/1993, de 28 de junio, incide en esta cuestión al ligar las modificaciones y alteraciones de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo con posibles conductas contrarias a dicho convenio "que, por su trascendencia pudiera calificarse como antisindical y lesiva del derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE", de una parte, o implicara "una elusión y una suplantación efectiva de la función de la negociación colectiva atribuida constitucionalmente a los sindicatos". Ambas cuestiones se traslucen en la regulación impugnada del art. 41.2 ET.

En la jurisprudencia ordinaria de nuestros Tribunales, la repercusión de esta

doctrina fue inmediata. Más aún, de hecho, la trascendencia de esta doctrina constitucional fue recogida por el primitivo Proyecto de Ley de Reforma del ET, fechado en enero de 1994. Según la redacción del art. 41 en aquel texto, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrían ser de carácter individual o colectivo, conceptuándose éstas últimas como "aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, con excepción de los Convenios Colectivos regulados en el Título III de la presente Ley". Esto significa que las condiciones de trabajo generadas en un convenio estatutario no podían ser afectadas ni modificadas por el empresario según el nuevo régimen que ponía término al sistema de autorización administrativa.

En gran medida la norma impugnada recurre al acuerdo de empresa como una ficción. Más que acuerdo colectivo, en muchas pequeñas empresas habría que hablar de "acuerdo de adhesión" a la propuesta empresarial. De esta forma se viene a legalizar una especie de "minifundismo" convencional, el nuevo nombre de la "individualización en masa" de las relaciones laborales en la empresa (García Perrote). Piénsese que en nuestro sistema de relaciones laborales, los convenios colectivos provinciales de ámbito sectorial funcionan como norma mínima homogeneizadora de las condiciones de tiempo de trabajo y distribución del mismo, así como de las condiciones salariales y la forma de organización del trabajo: los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para 1992 afirmaban que el 54,9% de los trabajadores en activo veían reguladas sus condiciones de trabajo por un convenio colectivo de ámbito provincial, lo que da idea de la magnitud del problema. En la medida en que en las pequeñas empresas del sector o rama de producción se vayan logrando acuerdos con la representación legal de los trabajadores en la empresa -frecuentemente delegados de personal- lo pactado en el Convenio Colectivo no tendría vigencia en éstas, no afectaría a todos los integrantes del sector.

Todo ello conduce a considerar que este precepto permite que a través de acuerdos empresa por empresa, se logre la inaplicación de lo pactado en convenio colectivo en materias tan fundamentales como las señaladas de horario y turnos de trabajo, sistemas de remuneración, organización del trabajo y sistemas de rendimiento. Se está impidiendo que el convenio colectivo sea de aplicación a todos los empresarios

y trabajadores incluidos en su ámbito funcional y territorial durante el tiempo de su vigencia (art. 82.2 ET) vaciando de contenido su función directamente reguladora de las condiciones de trabajo con carácter general en un sector productivo determinado. Pierde así una de sus características centrales: la eficacia personal general.

El convenio colectivo es además en nuestro ordenamiento una norma jurídica, dotada de las características comunes a éstas. Como ha afirmado recientemente al STC 151/1994 de 23 de mayo, los convenios colectivos, expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y de los empresarios en el art. 37.1 CE, constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde dicho precepto constitucional, una "fuerza vinculante", que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad. La norma sin embargo cede en el precepto impugnado frente a un acuerdo que puede establecer condiciones diferentes y más perjudiciales que lo estipulado en el clausulado del convenio. En consecuencia, se debilita la eficacia normativa consustancial al mismo.

Lo anterior viene a significar que la fuerza vinculante garantizada en el art. 37.1 CE para los convenios colectivos queda vaciada prácticamente de contenido. Ni siquiera es el propio Convenio quien prevé las condiciones y los requisitos para que se produzca su inaplicación en determinadas materias, como sin embargo sucede con respecto a la materia salarial en el art. 82.3 ET. Además, llegados a este punto, es bien sabido que el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos está integrado en el contenido del art. 28.1 CE, y reconocido expresamente en la LOLS, de manera que la libertad sindical, como la negociación colectiva, que contribuyen a que el sindicato puede desenvolver la actividad a que constitucionalmente está llamado. Negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos ha de entenderse no sólo como una práctica que conculca el art. 37.1 CE y de la fuerza vinculante de los convenios que dicho precepto consagra, sino como una violación del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE.

La inconstitucionalidad de este precepto en cuanto permite la modificación de las cláusulas del convenio a través del procedimiento de modificación de condiciones

de trabajo fue apreciada también, no sólo por la doctrina del Tribunal Constitucional sino por la propia del Tribunal Supremo. Este en su sentencia de 11 de abril de 1991 (RA 3262) en su Fundamento Jurídico Tercero, reitera la doctrina ya expuesta y señalada.

"Esta prohibición alcanza lógicamente a la modificación de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos a los que la Constitución reconoce fuerza vinculante (art. 37.1) y la ley atribuye eficacia normativa (arts. 3 y 82 del Estatuto de los Trabajadores) ya que en caso contrario, como ha destacado la doctrina científica y denuncia con acierto el motivo, la autorización administrativa podría convertirse en un instrumento contrario a la autonomía colectiva al desconocer sus resultados normativos por la modificación de las condiciones acordadas o al sustituirla en el establecimiento de nuevas regulaciones, asumiendo así en ambos casos una intervención próxima a la que determinó la declaración de inconstitucionalidad del laudo de obligado cumplimiento previsto en los arts. 25 b) y 26 del Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo (R.490 y Ap. 1975-85, 3623) por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Respecto a la modificación aceptada por los representantes de los trabajadores, es claro que queda igualmente limitada por las normas legales de derecho necesario y también por los convenios colectivos en especial cuando son de ámbito supraempresarial, pues en relación con éstos la aceptación de los representantes, como acto colectivo singular, tiene una posición análoga a la del acto administrativo frente a la del reglamento."

De otra parte la inconstitucionalidad aparece mucho más evidente si se tiene en cuenta que en párrafo 4º del apartado establece que no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el número 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten en un período de 90 días, a un número de trabajadores inferior a:

- 10 en las empresas con menos de 100 trabajadores
- El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Pues bien con este precepto, literalmente la ley está permitiendo que el empresario por decisión unilateral basado en razones técnicas, organizativas, de producción o económicas, modifique mediante decisión ejecutiva cláusulas del convenio referidas a movilidad funcional o de atribución de funciones o, incluso, de horario, siempre y cuando estas modificaciones de las cláusulas de un convenio afecte a algunos trabajadores y no a la mayoría.

La inconstitucionalidad, en este caso, es flagrante, el poder del empresario no puede según el Tribunal Constitucional llegar hasta el punto de inaplicar las cláusulas de un convenio, sobre funciones, movilidad funcional u horario, a parte de sus trabajadores ya que el convenio colectivo según el art. 37.2 y 28.1 de la Constitución obliga al empresario a que no pueda unilateralmente inaplicarlo o modificarlo.

DE OTRA PARTE, SI SE ADMITE A EFECTOS DIALÉCTICOS LA CONSTITUCIONALIDAD DE QUE POR PACTO EN LA EMPRESA SUSCRITO POR UN DELEGADO DE PERSONAL SUSCEPTIBLE DE SER MUY PRESIONADO POR SU EMPRESARIO, PUEDE ACORDARSE LA DEROGACIÓN PRÁCTICA, O INAPLICACIÓN O MODIFICACIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS DEL CONVENIO REFERIDAS A HORARIO, RÉGIMEN DE TRABAJO A TURNOS, SISTEMA DE REMUNERACIÓN, SISTEMA DE TRABAJO Y RENDIMIENTO, LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ESTE PRECEPTO SERÍA INCONTESTABLE POR LO SIGUIENTE.

UNA VEZ MODIFICADA, SUSTITUIDA, DEROGADO O INAPLICADA LA CLÁUSULA DEL CONVENIO POR EL ACUERDO DE UN DELEGADO DE PERSONAL, Y TRANSCURRIDO UN CIERTO TIEMPO EL EMPRESARIO, SIN LUGAR A DUDAS, PODRÍA UNILATERALMENTE MODIFICAR EL RESULTADO DEL PACTO DE EMPRESA ACUDIENDO AL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA Y POSTERIOR DECISIÓN UNILATERAL EJECUTIVA, QUE SE ESTABLECE EN EL TERCER PÁRRAFO DEL APARTADO SEGUNDO SOBRE MODIFICACIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES, RECONOCIDAS EN VIRTUD DE ACUERDO O PACTO COLECTIVO. Es decir, mediante dos fases, la empresa puede unilateralmente modificar o derogar cláusulas del convenio referidas a las materias que se enumeran en el artículo 41.1 de la Ley.

Por eso estos preceptos son inconstitucionales.

**DECIMO MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad del artículo 82.3 Párrafo tercero de la Ley 11/94 de 19 de mayo en donde se establece literalmente el siguiente precepto: "si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, ésta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa"**

En principio se debe reseñar que la voluntad de la ley es imponer con carácter forzoso que todos los convenios establezcan la cláusula de descuelgue para el caso de una empresa que tenga una situación de inestabilidad económica.

Esta obligación impuesta por la ley a los sujetos negociadores y al propio convenio colectivo no tiene en principio problema de inconstitucionalidad ya que en nuestro sistema constitucional la ley puede regular esta clase de materia puesto que no hay una regla imperativa constitucional de reserva de contenido material en favor del convenio colectivo y con exclusión de la ley.

Ahora bien, el precepto cuya constitucionalidad se cuestiona está contemplando un caso distinto al referido sobre contenido mínimo obligatorio del convenio y la inclusión en éste por mandato de la ley de cláusula de descuelgue.

El precepto impugnado establece la posibilidad de no aplicar el salario del convenio a una empresa o trabajador afectado por él, no en virtud de la cláusula de desenganche o descuelgue prevista en el propio convenio sino merced a que así se ordene y establezca en otro instrumento jurídico de naturaleza diferente a la del convenio, el pacto entre delegado o delegados de personal y empresa.

De nuevo mediante este precepto legal se permite la modificación de las cláusulas del convenio a través del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo, lo que fue declarado inconstitucional por la sentencia 92/92 de 11 de junio.

En idéntica línea la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991 R.A. 3262 en su Fj 3º declaró: "Respecto a la modificación aceptada por los representantes de los trabajadores, es claro que queda igualmente limitada por las normas legales de derecho necesario y, también, por los convenios colectivos en especial cuando son de ámbito supraempresarial, pues en relación con estos la aceptación de los representantes como acto colectivo singular, tiene una posición

análoga a la del acto administrativo frente a la del reglamento".

Es, por tanto, esta regulación la que se convierte en inconstitucional, puesto que una parte esencial del convenio colectivo deja de ser de obligado cumplimiento, para los integrantes del sector o ámbito regulado y, por tanto, se viene abajo el sistema de negociación colectiva, que presupone, por esencia y conceptualmente (STC 105/92) la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad de los afectados por el convenio, sin que resulte admisible que el pacto de un delegado de personal pueda modificar o alterar los términos acordados por la negociación colectiva celebrada entre los sindicatos y las organizaciones empresariales, puesto que como literalmente estableció la citada sentencia : "solo la unión de los trabajadores a través de los sindicatos que los representa permiten la negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos y que se traduce en la fuerza vinculante de los mismos y en el carácter normativo de lo pactado en ellos" ya que no cabe una elusión y una suplantación efectiva de la función de la negociación colectiva atribuida constitucionalmente a los sindicatos (STC 208/93 de 29 de junio).

A mayor abundamiento la inconstitucionalidad de este precepto se demuestra en virtud del razonamiento efectuado anteriormente al examinarse la inconstitucionalidad del art. 41.2 párrafo 3º y 4º.

**DECIMO PRIMER MOTIVO DE INCONSTITUCIONALIDAD.- Inconstitucionalidad de la regulación contenida en el artículo 11.1.A) de la Ley 14/94 de 1 de junio por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, este artículo establece bajo la rubrica de los derechos de los trabajadores lo siguiente: "a ser remunerado, según el puesto de trabajo a desarrollar, de conformidad con lo que se establece en el convenio colectivo, aplicable a las empresas de trabajo temporal o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria. Dicha remuneración deberá incluir, en su caso, la parte proporcional de pagas extraordinarias, festivos y vacaciones"**

El artículo 14 de la Constitución ha recogido, con rango de derecho fundamental, el principio de igualdad. Este principio supone un límite al legislador y, en general, a todos los poderes con capacidad de crear normas. Esa vertiente del principio de igualdad (igualdad en la ley o ante la ley) supone que la norma debe tratar a todos

por igual cuando las circunstancias sean iguales. Por ello mismo, no es contrario al principio de igualdad al trato desigual con fundamento objetivo y razonable. Cuando la desigualdad de trato no está justificada por la razonabilidad de la finalidad perseguida, la desigualdad es discriminatoria.

El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuesto la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria o al menos no debidamente justificada del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y ranozable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este tribunal Constitucional en las sentencia de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las sentencias del Tribunal Europea de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975 (STC 75/1983 de 3 de agosto Fj. 2).

El derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en el art. 14 CE no sólo es eficaz ante las normas estatales, sino también ante las normas profesionales emanadas de la autonomía colectiva, como más adelante se expondrá.

En cuanto a las condiciones personales por las que se prohíbe el trato desigual discriminatorio, el art. 14 CEE hace una referencia incompleta de factores concretos: nacimiento, raza, sexo, religión y opinión. Pero, en la cláusula de cierre ("cualquier otra circunstancia personal o social") se proscriben asimismo el trato desigual por cualquier otra circunstancia equiparable a las anteriores (STC 75/1983). Por lo demás, el catálogo de circunstancias personales se ha ampliado en la normativa laboral: edad, estado civil, afiliación sindical, lengua (art. 4.2.c) ET) y vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa (art. 17.1 ET). Pero en cualquier caso, estas circunstancias no constituyen un *numerus clausus*, sino que por el contrario es un número abierto.

Pues bien, precisamente, una de las circunstancias no prevista de manera explícita ni en el 14 de la Constitución ni en el 4.2 y 17 del Estatuto es la naturaleza temporal del contrato de trabajo de un trabajador y el TC ya ha declarado que esta circunstancia es particularmente "odiosa" y, por tanto, la diferencia de trato en perjuicio del trabajador temporal constituye una discriminación en relación con el trabajador fijo, por lo que no es admisible que el trabajo en idénticas condiciones y con identidad de valor prestado por el trabajador integrado en una empresa de trabajo temporal no sea retribuido en idéntica cuantía que el trabajo prestado por su homólogo o simétrico de la empresa usuaria.

En vez de respetar esta regla de salario igual para el trabajador temporal que para el fijo, cuando se presta un trabajo de idéntico valor en una misma empresa, en este caso empresa usuaria, la regla contenida en el art. 11.1.a) permite que por un convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal la retribución sea inferior, ya que lo que debe ser la regla normal de igualdad retributiva se convierte en regla subsidiaria en defecto de convenio de la empresa de trabajo temporal.

No sirve como causa de justificación de la desigualdad introducida por la ley el hipotético carácter indefinido del contrato de trabajo del empleado de la empresa de trabajo temporal.

En efecto, lo que el art. cuya inconstitucionalidad se predica, el 11.1.a) contempla no es el caso de cualquier trabajador de empresa de trabajo temporal (que puede ser también el que trabaja en una oficina, o con los ficheros e clientes, o con los ficheros de posibles empleados aspirantes a trabajo, etc) sino el caso del trabajador

de la empresa de la empresa de trabajo temporal que es cedido o transferido a otra empresa, la usuaria que es la única que recibe su actividad laboral.

Pues bien el trabajador cedido o transferido a la empresa usuaria tendrá generalmente un contrato temporal con la empresa de trabajo temporal, cuya duración será la coincidente con el contrato mercantil de puesta a disposición en los términos en que se regulan en el art. 6.2 de la misma ley. De ahí por tanto que la propia ley predetermina como resultado jurídico prácticamente inexorable que la naturaleza del vínculo entre la ETT y el trabajador cedido resulte temporal y no fijo de plantilla. Por lo tanto, si el trabajador cedido a la empresa usuaria que es la que goza de facultad de organización del trabajo no percibe la misma remuneración que aquel homólogo de la empresa usuaria que realice funciones o tareas del mismo valor se está vulnerando las reglas contenidas en el doctrina del TC interpretativa del art. 14 de la Constitución en relación con el 17. y 4.2 del ET sobre igualdad de remuneración entre temporales y fijos.

La única alternativa jurídica que salvaguarda esta regla es la aplicación al trabajador cedido del mismo convenio que se aplica a los empleados de la empresa usuaria y, por tanto, lo que en el art. 11.1.a) es regla subsidiaria, que se aplica en defecto de debe convertirse en regla normal, para adecuar el precepto legal al mandato del art. 14 de la Constitución y al no haberlo hecho así el legislador el precepto en cuestión es inconstitucional.

Tampoco sirve como motivo razonable o causa de justificación de la diferenciación, la fuerza normativa del convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal ya que ésta debe ceder ante el derecho constitucional a la no discriminación e igualdad de trabajo, como ya tuvo ocasión de declarar el TC en sus sentencias 52/87 y 136/87 los convenios colectivos no pueden establecer diferencias de trato arbitraria e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables y muy especialmente en caso de identidad de trabajo o trabajo rendido con valor igual. Idéntica conclusión se establece en la sentencia 177/93 de 31 de mayo (BOE de 5 de julio de 1993) en donde se plantea la nulidad por vulneración del art. 14 de la Constitución de las cláusulas de los convenios colectivos que fijen un menor importe en las gratificaciones extraordinarias a los trabajadores temporales.

El contenido de esta sentencia es clarificador: "El convenio, con valor normativo

y, en consecuencia, inscrito en el sistema de fuentes del Derecho está por ello mismo subordinado a las normas de mayor rango, en virtud del respeto al principio de jerarquía reconocido constitucionalmente como una de las facetas del imperio de la Ley, ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y muy especialmente el que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales convenios no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables y muy especialmente en caso de identidad de trabajo (SSTC 52/1987 y 136/1987)".

El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Tampoco cabe como motivo razonable de la diferenciación normativa el fin u objetivo de facilitar la actividad empresarial de las empresas de trabajo temporal. En efecto, en nuestro contexto normativo la actividad de estas empresas dedicadas a la interposición y cesión de trabajadores se contempla con prevención y cautela hasta el punto que se mantiene el ilícito penal o laboral, salvo para aquellas que reúnan los estrictos requisitos contemplados en la ley.

De ahí que no concurra en este caso una finalidad que explique razonablemente la diferenciación normativa entre la retribución correspondiente al trabajo del empleado cedido y su compañero homólogo que realiza una prestación idéntica perteneciente a la empresa usuaria.

Por todo ello.

Se SOLICITA AL DEFENSOR DEL PUEBLO que interpongan ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad por el que se declare, conforme al artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de los preceptos legales que se indicarán y de aquellos otros que, en su caso, el Tribunal considere que deba extenderse tal pronunciamiento por conexión o consecuencia:

1º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del artículo 111.1, letra b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, en relación al artículo 3.2.g) de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, y al segundo párrafo del punto 3 del artículo 4 de esta última ley, por vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución Española.

2º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de la letra f) del punto 2 del artículo 3 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 14 de la Constitución Española.

3º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de la letra g) del punto 2 del artículo 3 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 14 y el artículo 41 de la Constitución Española.

4º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del segundo párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 14 y el artículo 41 de la Constitución Española.

5º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del tercer párrafo del punto 3 del artículo 4 de la Ley 10/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 14 de la Constitución.

6º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del segundo párrafo de la letra g) del punto 3 del artículo 1 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Disposición Final Séptima de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 14 y el artículo 35 de la Constitución.

7º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del inciso final del punto 4 del artículo 55 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores y el inciso final del punto 1 del artículo 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en la

redacción dada a ambos por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el artículo 24.1 y el artículo 53.2 y 53.3 de la Constitución.

8º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del apartado sexto del art. 137.bis del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en la redacción dada por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por vulnerarse los arts. 28.1 y 24.1 de la Constitución, en relación a los arts. 117 y 9.2 de la misma Constitución.

9º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de los párrafos 3º y 4º del art. 41.2 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el art. 37.1 de la Constitución Española.

10.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad del párrafo 3º del art. 82.3 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por vulnerar el art. 37.1 de la Constitución.

11º.- Que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de la letra A) del punto 1 del art. 11 de la Ley 14/1994 de 1 de junio de Empresas de Trabajo Temporal, por vulnerar el art. 14 de la Constitución Española.