

Madrid, 4 de Junio de 2002.

**EXCMO.SR. D. ENRIQUE MÚGICA HERZOG**  
**Defensor del Pueblo**

Excmo. Sr.:

1. La Unión General de Trabajadores y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras queremos manifestarle nuestra más profunda inquietud y preocupación sobre la iniciativa del Gobierno concretada en el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo.
2. Los aspectos del Real Decreto-Ley a los que aludimos hacen referencia a:
  - la forma en que se ha realizado;
  - el contenido del mismo;
  - el momento;
  - la aplicación y desarrollo.
3. Las competencias de la Institución de la que Vd. es titular son piezas clave para el aseguramiento y defensa de los derechos del Título I de la Constitución, un número importante de los mismos creemos que se ven claramente afectados y lesionados por la norma antes citada. Por esta razón, en el presente escrito le indicamos los puntos del Real Decreto-Ley que contienen tales lesiones, y las normas fundamentales relacionadas.
4. CC.OO y UGT confiamos en que, a partir del principio de la autonomía que caracteriza esa Institución, y en atención a las



prerrogativas y competencias que la Ley 3/1981, de 6 de abril, le atribuye, el Defensor del Pueblo desarrolle una activa labor tanto de oficio como a petición de los trabajadores afectados para corregir las deficiencias denunciadas.

5. Respecto de la forma, consideramos que debe analizarse en profundidad si la utilización sorpresiva de un Real Decreto-Ley sin razones objetivas de extraordinaria y urgente necesidad es compatible con el derecho de participación política de los ciudadanos (Art. 23 de la Constitución) que se concreta en el papel primordial e insustituible, salvo justificadísimas excepciones, de las Cortes Generales en la elaboración de las normas legales. Aspecto de participación política que también se ve vulnerado en su vertiente de participación institucional (contenido de la Libertad Sindical recogida en el art. 28 de la Constitución) que en el caso de los sindicatos más representativos se concreta en los Consejeros Generales del INSS, del INEM, y en el Consejo Económico y Social, Organismos todos ellos eludidos con la sorpresiva actuación gubernamental.

En este sentido, debe analizarse:

- a. La vulneración del art. 86.1 de la Constitución, al no concurrir las razones de extraordinaria y urgente necesidad para dictar el Decreto-Ley.
- b. La vulneración del art. 86.1 de la Constitución, dado que el Decreto-Ley se ha extralimitado en las materias que pueden ser objeto de regulación por dicho instrumento normativo. Esta infracción se ha producido al incidirse en la regulación de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución. Ello se habría producido al regular el Decreto-Ley 5/2002 materias contempladas en los artículos 14, 19, 24 y 25 de la Constitución Española.
- c. La vulneración del art. 35.2 de la Constitución, al regularse por Decreto-Ley materias que están reservadas a la Ley en la medida que integran el Estatuto de los Trabajadores.

6. Sobre el contenido del Real Decreto-Ley, UGT y CC.OO. queremos formular numerosas alegaciones concretas para su análisis y en su caso actuación ante los distintos poderes públicos por parte del Defensor del Pueblo.

Las materias son las relacionadas con la oferta de empleo adecuada, el trasvase de rentas de la protección social a las rentas empresariales, la formulación del compromiso de actividad, la eliminación de los salarios de tramitación, la discriminación derivada del nuevo régimen contributivo del desempleo agrario implantado, la desprotección y discriminación que afecta a trabajadores fijos discontinuos, el incremento injustificado del poder empresarial en cuanto a que condiciona el momento en que el trabajador comienza a percibir la prestación mediante su declaración de si se han disfrutado o no las vacaciones, y el cómputo de rentas e ingresos como requisito o límite para la percepción de las prestaciones.

7. La descripción de las transgresiones y derechos fundamentales hace referencia a los artículos constitucionales sobre la igualdad, mantenimiento de un régimen de protección social adecuado, acceso efectivo a la justicia entre otros y merecen un adecuado seguimiento por parte de esa Institución, tanto en el texto normativo como en su desarrollo y aplicación. Queremos manifestarle a la luz del texto constitucional las vulneraciones concretas que a nuestro juicio se aprecian ya de manera directa en el texto del Real Decreto Ley.

**7.1. Vulneración del art. 14 de la Constitución, en la medida que garantiza la igualdad ante la Ley y prohíbe las situaciones de tratamiento discriminatorio, la vulneración del art. 41 de la Constitución, al no garantizarse las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, la vulneración del art. 39.1 de la Constitución, que garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia.**

- En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/1999, de 22 de Marzo, se analizan los límites que disponen las normas sobre Seguridad Social al establecer diferente protección respecto de supuestos que son sustancialmente iguales, o en los que las diferencias no tienen la entidad suficiente para justificar un tratamiento diferente.

Dice la Sentencia que la norma "*regula de forma diferente situaciones aparentemente iguales*", estableciendo la igualdad entre los hijos adoptivos y la filiación por naturaleza, de modo que sólo sería posible un tratamiento diferenciado si "*reúne los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad*", es decir, de mediar "*...una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*".

En materia de discriminación frente al legislador o al poder reglamentario, la doctrina del TC ha constatado que resulta imposible "*... que unos y otros puedan configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no puede jamás ser tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria -STC 144/88, fj 1-*".

Se trata por tanto de ver si la exigencia de que el adoptante sobreviva dos años desde la adopción tiene o no justificación objetiva y razonable, lo que no encuentra el TC, rebatiendo los alegatos de la Abogacía del Estado que defendía la lógica de la norma. Ni la necesidad de asegurar la estabilidad de la filiación puede justificarlo, pues ello no se exige a la filiación por naturaleza, ni tampoco puede decirse que responda al propósito de evitar fraudes, es decir, cuando se adopta con la finalidad, más que de generar un vínculo de filiación, de procurar recursos económicos, ante la inminencia o perspectiva de la muerte del adoptante.

En este punto el TC hace gala de un razonar sencillo pero efectivo, y sirve para desmontar los esfuerzos de la Abogacía del Estado para explicar la razonabilidad de la norma. Dice la Sentencia que *"el modo en el que el legislador reguló esta institución resulta claramente desproporcionado: con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptado que hayan quedado huérfano en este período. Fraude, por otra parte, que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso éste que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera humanamente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta"*. La norma, además de presumir el fraude de ley, no permite la prueba en contrario, *"lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que está desconociendo la exigencia constitucionalmente de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)"*.

Dicha doctrina pone en evidencia que no son ilimitadas las facultades del legislador que privan o limitan derechos, sobre todo en el ámbito de las prestaciones sociales, a determinados colectivos y casos concretos, pues están sujetas al límite de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en relación con los fines perseguidos.

Dichas infracciones constitucionales se habrían producido en la medida que el Decreto-Ley ha establecido una serie de medidas que suponen una restricción carente de toda justificación, objetividad, y proporcionalidad a la hora de excluir a los desempleados, por el hecho de haber percibido una indemnización por despido superior a 662.184 ptas, del acceso al sistema de los subsidios por desempleo, en particular, a los subsidios de protección a la familia y a los subsidios para mayores de 52 años.

De esta forma, el Decreto-Ley priva del acceso al subsidio por desempleo en todas sus modalidades, en particular cuando concurren cargas familiares, que se otorga a los parados que carecen de colocación por causas ajenas a su voluntad, tienen cargas familiares concretadas en la existencia de un

cónyuge o hijos menores de 26 años o mayores incapacitados sin ingresos económicos, y la familia carece, de promedio entre sus miembros, de ingresos superiores al 75% del SMI, excluidas extras. También impone la exclusión del subsidio para mayores de 52 años, que se otorga al trabajador que tiene más de 52 años, carece de ingresos en el momento de la solicitud y durante todo el tiempo de percepción del subsidio superiores al 75% del SMI, reúne los requisitos salvo la edad para el acceso a la jubilación y cuenta con seis años cotizados al desempleo.

La razón única, exclusiva y determinante para privar al trabajador del acceso al subsidio por desempleo radica en haber obtenido en un momento anterior a la situación de necesidad, una indemnización por despido en cuantía superior a las 662.184 ptas..

La arbitrariedad de establecer esta circunstancia como un obstáculo para el acceso al sistema de subsidios para la protección a la familia y al sistema de prejubilación deriva de lo siguiente:

- La percepción efectiva de los subsidios depende, en última instancia, de la voluntad empresarial de abonar la indemnización superior a las 662.184 ptas en un momento u otro, es decir, antes o después del año anterior a la solicitud del subsidio. De hecho, si dicha indemnización se ha recibido en un solo pago un año antes del nacimiento del derecho al subsidio no computa a efectos del límite de rentas. Pero si la empresa decide efectuar el pago, incumpliendo la obligación legal, dentro del término del año a que hemos aludido, el trabajador quedaría privado del derecho al subsidio. De esta manera nos encontramos que la configuración última del supuesto legal por el que se deniega la protección a la familia del trabajador desempleado, o se posibilita el acceso al sistema de prejubilación, no depende de un factor objetivo, fijado por la Ley y que respresenta una ausencia de la situación de necesidad, sino todo lo contrario, un compente subjetivo, dejado al arbitrio de la empresa con la que por otra parte el trabajador mantiene un contencioso sobre su despido, y cuyo decisionismo sirve, por la voluntad del Decreto-Ley de otorgar o privar al trabajador de los derechos del sistema d de Seguridad Social.

- Por otra parte, y en caso de que la empresa, en última instancia, no decida abonar la indemnización en la conciliación administrativa, ni ante la sentencia que así lo declara, la percepción efectiva de los subsidios depende, por otra parte, de la rapidez con la que el Juzgado de lo Social tramite el proceso por despido, dicte sentencia y lleve a cabo la ejecución de la sentencia, -en lo que por otra parte también va a tener un papel decisivo la empresa a la hora de acatar o facilitar dicha ejecución-. obteniendo finalmente el trabajador dicha cantidad antes o después del año anterior a la solicitud del subsidio por desempleo. De nuevo nos encontramos ante otro factor que implica una arbitrariedad manifiesta a la hora de decidir si se otorga o no la protección social, haciendo al trabajador participe de los riesgos en la demora de la tramitación de un proceso, o sujeto al albur empresarial de ser más o menos diligente en efectuar un pago o, simplemente, de reforzar su posición negociadora en el contencioso con el trabajador negándose u obstaculizándose al pago a cambio de que el trabajador renuncie a una parte o a toda su indemnización.
- En cualquier caso, no sólo es que ese pago no sea expresión de una mayor capacidad económica, sino todo lo contrario, la norma impone un tratamiento desproporcionado, carente de justificación objetiva, y discriminatorio para las rentas del trabajo provenientes de la extinción contractual sin causa o en virtud de despido objetivo o colectivo, frente a cualesquiera otras rentas, que pueden denotar una capacidad económica incluso notablemente superior. El tratamiento de la indemnización por despido no es simplemente equipararla a las demás rentas incompatibles con el subsidio, sino que tiene un tratamiento mucho más peyorativo basado en las siguientes consideraciones:
- Para que el trabajador tenga que imputar la indemnización por despido no es necesario que la perciba, en absoluto, en el mismo momento del nacimiento del derecho al subsidio o durante todo el tiempo de percepción de dichas ayudas, a diferencia de lo que sucede con las demás rentas, que son incompatibles con el subsidio en la medida que coexistan con dicha prestación. De hecho, es claro que el devengo de la indemnización por

despido se produce con antelación al nacimiento del derecho al subsidio por desempleo, pues la extinción contractual, que es la causa legal de la indemnización, la ha precedido siempre y en todo caso hasta el punto de que puede haber tenido lugar incluso hasta dos años antes al nacimiento del derecho al subsidio, cuando el trabajador ha disfrutado de prestaciones por desempleo durante el plazo máximo legal -dos años, al tener seis años cotizados-.

- Además, es claro que la indemnización por despido es una cantidad que, en cualquier caso, se agota con su renacimiento ante la finalización contractual, no siendo susceptible de generación periódica o ulterior más allá del mismo momento de la extinción contractual, al margen de la modalidad que se adopte en su pago. Por ello cuando la norma establece el computo de la indemnización por despido, no está tomando la indemnización percibida en el último año como un indicio de las rentas que se van a ir generando ulteriormente hacía el futuro, coincidiendo con el devengo del subsidio, sino que, por definición, el trabajador no podrá generar un nuevo derecho a la indemnización por despido mientras percibe el subsidio, lo que es manifiesto al presuponer dicho subsidio la situación de desempleo del trabajador.
  
- No estamos por tanto ante un problema de imputación de rentas tomando por base los ingresos generados en el año anterior al subsidio, y que se presume que puedan seguir generándose cuando nace ese derecho o durante su devengo, lo que podría justificar el acudir a tales criterios para cuantificar las rentas que va a disfrutar el beneficiario o su familia durante la percepción del subsidio para establecer su incompatibilidad. Simplemente, estamos ante un tratamiento singular de la indemnización por despido, que tiene establecido por Ley una incompatibilidad de la que no participan cualesquiera otras rentas, independientemente de su cuantía, cuando se han generado, al igual que dicha indemnización, antes del nacimiento del derecho al subsidio y cuando hay absoluta seguridad que dicha renta constituye un ingreso excepcional, que no es previsible ni racional entender que va a generarse, nuevamente, mientras se perciba el subsidio.

- La medida, es finalmente, absolutamente desproporcionada, pues por el simple hecho de la percepción de una indemnización superior a las 662.184 ptas. en un momento temporal totalmente desconectado de la situación de necesidad que atiende el subsidio, se priva del derecho al subsidio de manera completa, y ello, aunque la protección que pudiera obtener el trabajador por el subsidio sea notablemente superior a la que deriva de la propia indemnización, como puede ser en el caso de subsidios que se prolongan durante 30 meses, o incluso 13 años, que generan un montante sustancialmente superior a la indemnización, que no obstante, es la causa de la denegación del mismo.

**7.2.La vulneración del art. 24.1 de la Constitución, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que la normativa ha venido a crear un obstáculo insuperable para que el trabajador ejercite el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la decisión empresarial de despedirlo.**

Este obstáculo se ha creado en la medida que dicho ejercicio de la acción de despido, provoca la pérdida de los subsidios por cargas familiares o al subsidio para mayores de 52 años, cuando el empresario abone una indemnización superior a 662.184 ptas. Como hemos visto, este sistema legal coloca al trabajador al albur empresarial de abonar antes o después la indemnización legal, y con ello, obtener o verse privado del derecho al subsidio de protección a la familia o al sistema de prejubilación.

Con dicho mecanismo, se ha configurado como requisito para el acceso a la protección del sistema de Seguridad, no ya un factor objetivado, expresivo de una diferente situación jurídica de los beneficiarios, sino el libre criterio empresarial de pagar antes o después una indemnización, de modo que los derechos del trabajador en relación con la Seguridad Social, depende, en última instancia, de la voluntad de la contraparte con la que mantiene un contencioso con el despido.

Siendo esto así, es flagrante la imposibilidad de que el trabajador pueda ejercitar la acción de tutela judicial efectiva en términos de una mínima

libertad, estando sujeto a la inaceptable presión de que la contraparte ejercite lo que está a su alcance para incrementar, desafortadamente, las consecuencias perjudiciales para el trabajador. En este punto, ante la conciliación por despido, el empresario tiene bastante con abonar simplemente la cantidad de 662.184 ptas. dentro del año anterior al nacimiento del derecho al subsidio para que el trabajador se vea privado de dicha protección social en favor de la familia o del sistema de prejubilación. Ante este contexto, la capacidad del trabajador para enfrentarse al juicio está totalmente debilitada, viniendo obligado a aceptar cualquier planteamiento empresarial que pase con no abonar dicha cantidad en dicho lapso temporal para así poder disfrutar del subsidio.

En definitiva, que el trabajador tenga que renunciar a la acción de despido, o tenga que aceptar una rebaja sustancial de la indemnización ante la amenaza de verse privado, por la arbitrariedad de la contraparte, de no pagar hasta hacer dicho pago incompatible con el subsidio, configura un obstáculo inaceptable para el ejercicio de la tutela judicial efectiva del trabajador, lo que es contrario al art. 24 de la Constitución.

**7.3. La vulneración del art. 24 de la Constitución, al no garantizarse el derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores despidos que no tienen derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, y por tanto carecen de cualquier tipo de protección ante un despido improcedente.**

En relación de que el trabajador sea despedido, el Decreto-Ley ha establecido, por una parte, la supresión de los denominados salarios de tramitación, integrados por los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la sentencia que declare el despido improcedente, con tal de que el empresario no opte por la readmisión. Por tanto, a diferencia del sistema anterior a la reforma legal, en el caso de que la empresa decida la extinción del contrato, no tendrá que abonar los salarios dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la extinción contractual.

Por otra parte, el Decreto-Ley ha previsto que el trabajador pueda acceder a la protección por desempleo desde el mismo momento del despido, de modo que a partir del momento del cese podría estar protegido frente al acto ilícito empresarial mediante las prestaciones o el subsidio por desempleo, aunque esa protección nunca es completa, pues las prestaciones o subsidios por desempleo son sustancialmente inferiores a los salarios que venía percibiendo el trabajador en activo (en las prestaciones el 70% del promedio de los salarios de los últimos 180 días y en el caso del subsidio el 75% del Salario Mínimo Interprofesional sin extras). Sin embargo, esa protección es inexistente para los trabajadores que no tienen períodos cotizados para acceder a las prestaciones -que exige como mínimo 1 año de cotización para acceder a un derecho de cuatro meses de duración- o para acceder a los subsidios -que exigen carencia de rentas superiores al 75% SMI y cargas familiares con un mínimo de 3 meses cotizados, o 6 meses sin cargas-.

De esta forma, con la nueva regulación, colectivos de trabajadores, fundamentalmente con escasa antigüedad, como los contratos temporales, que no tienen acceso al sistema de desempleo, carecen de cualquier protección y garantía de renta desde el momento en que la empresa acuerda el despido, incluso aunque dicho despido sea ilegal y no cuente con ninguna causa justificativa para ello.

El obstáculo del trabajador a la tutela judicial efectiva resulta de la normativa introducida por el Decreto-ley de suprimir los salarios de tramitación y no garantizar al trabajador despedido ilícitamente unos ingresos que aseguren su subsistencia, y por otra parte imponer un sistema legal que no garantiza la obligación de la empresa de reparar todos los daños causados ante su proceder ilícito en materia de despido.

Dado que la empresa tampoco tiene obligación de abonar la indemnización en el momento del cese, la única posibilidad para el trabajador, ante el incumplimiento empresarial, es la demanda judicial. No obstante ello, el trabajador carece de posibilidades reales de hacer frente a un proceso, cuando ha sido privado injustamente de los ingresos que constituyen su fuente de subsistencia o de su familia, y la única posibilidad de acceder a

algún tipo de recursos es renunciar al ejercicio de la acción de despido en los términos previstos reduciendo el importe de la indemnización a que tiene derecho.

**7.4. La vulneración del art. 9.2, 14 y 41 de la Constitución, al no reconocer la situación legal de desempleo a los trabajadores que desarrollan su actividad laboral sólo una parte determinada del año, incurriendo en tratamiento arbitrario, manifiestamente desproporcionado y carente de justificación objetiva.**

La nueva regulación impuesta por el Decreto-Ley, ha venido a excluir del ámbito de la protección por desempleo, durante los períodos de inactividad, a los trabajadores fijos cuyos cometidos profesionales no comprenden todo el año, sino que una parte del mismo, pero que se repiten en fechas ciertas y conocidas con antelación. La exclusión se produce al considerar como situación legal de desempleo a los períodos de ocupación efectiva de los trabajadores fijos, pero en el exclusivo supuesto en el cual dichos trabajadores fijos no tiene acotada la fecha de comienzo y cese de la actividad, sino que ello corresponde a la llamada que efectúen la empresa, que cada campaña concreta el momento de inicio y cese de la prestación. De esta forma, cuando la empresa, en lugar de reservarse la posibilidad de introducir alguna variación en la fecha de comienzo y cese, fija de clara expresa las fechas de la actividad laboral al cabo del año, la consecuencia legalmente prevista, entre otras variadas en relación con la denominación técnica de dicha relación contractual, se encuentra en que dicho trabajador carezca de protección por desempleo durante los períodos de falta de actividad.

Como puede verse, la consecuencia legal carece de toda nota de proporcionalidad entre la diferencia que puede concurrir entre un caso y otro y las consecuencias que se derivan de ello. En los dos casos se trata de trabajadores fijos, vinculados de manera estable con la empresa en virtud de una relación laboral que no tiene señalado plazo de finalización. En los dos casos, los trabajadores no desarrollan su cometido de manera continuada durante todo el año, sino que interrumpen su actividad laboral una parte

más o menos corta o larga del año, durante la cual no obtienen ningún otro tipo de ingreso o recurso económico por parte de la empresa, de modo que en ambos supuestos concurre, esencialmente, la misma situación de necesidad, al verse privados los trabajadores de actividad laboral por causas ajenas a su voluntad. En los dos casos, los cometidos profesionales pueden ser perfectamente los mismos, sin que haya ninguna diferencia objetiva en los sectores productivos sobre los que operan la respectivas modalidades contractuales, y sin que las diferencias económicas o sociológicas entre ambos colectivos permita descubrir ningún factor que imponga una intervención más o menos intensa del Sistema de Seguridad Social.

La única diferencia en el supuesto deriva de que en un caso el llamamiento lo realiza la empresa en cada campaña al haber una concreción relativa de la fecha de inicio de la actividad; mientras que en el caso excluido de la protección por desempleo, la empresa ha explicitado al pactar la relación laboral, las fechas de los respectivos llamamientos, o ello resultan necesariamente de la naturaleza de la actividad productiva sin que por tanto la empresa tenga que concretarlo expresamente, en virtud de un llamamiento específico, en cada temporada. Pero aun así esta diferencia, en la práctica es relativa, pues en los dos casos hay una certidumbre completa de que el llamamiento se ha de efectuar, como se corresponde con la consideración de trabajadores fijos y por tanto, que el trabajador pasará indefectiblemente por un período de actividad laboral y sucesivamente, por un período de inactividad por causas, además, ajenas a su voluntad. Y también hay un conocimiento más o menos preciso de la fecha en la que el trabajador habrá de ser llamado, pues la actividad productiva de la empresa no precisa de tal grado de aleatoriedad que haga imprevisible, con ciertos márgenes de razonabilidad, cuando será precisa la llamada del trabajador, como puede resultar de la naturaleza de la actividad, de la organización productiva, de las características del puesto, etc... Y dado que la llamada no se realiza en términos de discrecionalidad empresarial, sino en función de un orden concreto de llamamientos que también es conocido por la empresa y el trabajador, el conocimiento que, en cualquier caso tienen las partes de las fechas y los períodos de tiempo durante los cuales la empresa va a necesitar la mano de obra corroboran que no puede afirmarse que el llamamiento

pueda ser inexistente o tan indeterminado que configure una realidad objetiva sustancialmente diferente, al menos para justificar un tratamiento tan radical como el que el Decreto-Ley ha impuesto.

Por el contrario, la diferencia no puede ser más sustancial y completa: mientras que en el caso de no fijarse completamente las fechas de inicio y cese de la actividad, el trabajador puede acceder al desempleo durante los períodos de inactividad, al fijarse dichas fechas, el trabajador queda excluido del sistema de protección por desempleo a pesar de carecer de ocupación por causas ajenas a su voluntad.

La diferencia de un factor tan accesorio no permite entender ni razonable, ni justificada ni proporcionada una solución legal, cuyos resultados, en la práctica, tampoco permiten justificar dicha medida.

Así, la norma ocasiona un flagrante desequilibrio en la capacidad contractual del trabajador, que en caso de exigir una constancia anticipada de las fechas en las que va a prestar servicios, queda automáticamente excluido del sistema de protección por desempleo, al que no sólo puede acceder si acepta un cierto margen de aleatoriedad empresarial para decidir el llamamiento, en cuyo caso, y por esa exclusiva razón, la relación laboral se transmuta y el trabajador tiene derecho al desempleo durante los períodos de inactividad. El Decreto-Ley ha conseguido que el Sistema de Seguridad Social otorgue o no protección según no una verdadera y específica situación de necesidad, sino en función de un componente accesorio, que pudiera justificar alguna modulación en el régimen de la relación -como por ejemplo el concepto del llamamiento o los plazos para impugnar la falta de dicho llamamiento- pero nunca para dejar de proteger de manera efectiva una misma situación objetiva de necesidad, ante la falta de ocupación por razones ajenas a la voluntad del trabajador.

#### **7.5. La vulneración del art. 9.3, 14, 24.1 y 41 de la Constitución Española, en relación con los trabajadores objeto de un despido verbal, al carecer de protección por desempleo, a diferencia de los**

**demás trabajadores despedidos, sin que tampoco asuma la empresa los salarios de tramitación por ese período.**

La supresión de los salarios de tramitación afecta a todo tipo de despidos, tanto a los verbales, que tienen asignada la calificación de improcedentes - art. 55.4 ET- , como los que son objeto de comunicación escrita, tanto sea finalmente calificados como procedentes o improcedentes, siempre que la empresa no opte por la readmisión ni tampoco se califique como nulo.

Sin embargo, en el caso de los despidos realizados de forma verbal, el trabajador no tiene acceso al sistema de protección por desempleo desde la fecha del despido, sino solamente desde la fecha de la conciliación administrativa o de la sentencia que declare el despido improcedente. Ello resulta por cuanto la acreditación de la situación legal de desempleo está reservada, según la Disposición Transitoria Segunda del Decreto-Ley, a la notificación del despido o a la conciliación administrativa o sentencia declarando la procedencia o improcedencia del despido. Por ello, el trabajador despedido verbalmente carece de posibilidad de acreditar la situación legal de desempleo y por tanto, no puede acceder al sistema de protección por desempleo hasta que la empresa quiera reconocer la improcedencia en el acto de conciliación o sea declarada así en sentencia.

Esta medida ocasiona, directamente y de manera irreversible, una desprotección completa al trabajador, que tras el despido, a pesar de que legalmente ya tiene asignada la calificación de improcedente, precisamente al carecer de forma escrita, y a pesar de ser una decisión exclusivamente empresarial adoptada al margen del Ordenamiento Jurídico, no va a recibir prestaciones por desempleo, a diferencia de cualquier otro despido, incluso procedente o motivado por un previo incumplimiento contractual del trabajador, que con tal de que se comunique por escrito posibilita, sin más, el acceso del trabajador a las prestaciones o subsidios desde el mismo momento del cese.

El resultado carece de cualquier justificación objetiva. De hecho, hace de peor condición a quien se ve privado de su empleo al margen de las

garantías que establece el Ordenamiento Jurídico que el trabajador que conoce por escrito las razones de su cese, y ello, a pesar de que el propio Ordenamiento, como no podía ser de otra manera, establece para aquellos casos la calificación del despido como improcedente, y por tanto, considera que dicho trabajador, sin más consideraciones, ha sido objeto de una práctica ilícita y por ello, necesitado de mayor protección.

Dicha situación no puede ser evitada por el trabajador, que no está materialmente a su alcance el logra que la empresa notifique por escrito el despido, y al establecer la norma un sistema tasado de formas para acreditar la situación legal de desempleo, dando valor exclusivo a la carta de despido y negando cualquier otro valor a otros medios que pudieran cumplir dicha finalidad, como la comunicación del trabajador, o el requerimiento del trabajador a la empresa sin respuesta alguna, o la denuncia del trabajador ante los Servicios de Inspección de Trabajo, o ante la propia Entidad Gestora, o más claro aún, el acta de conciliación en la que el trabajador impugne su despido y no conste que la empresa se opone a la existencia de dicho cese, pues a los fines legales sólo es posible el acta que declare el despido procedente o improcedente, pero no cuando la empresa no comparece o simplemente, no quiere llegar a ningún acuerdo.

De hecho, la única posibilidad que está al alcance del trabajador para evitar la demora en el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, y evita el vacío de protección desde el cese, es llegar a un acuerdo con la empresa en conciliación que sólo puede fundarse, en renunciar a una parte de la indemnización legal o incluso a la totalidad de la misma, pues si el trabajador reconoce que el cese es procedente, sería posible acceder, a las prestaciones por desempleo. De esta forma, hay una restricción inaceptable al derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, al haber diseñado el Decreto-Ley un mecanismo institucional por el cual, el empresario que despido verbalmente, incumpliendo la propia norma que establece la forma del despido, tiene una inusitada ventaja a fin de evitar un juicio, imponiendo al trabajador la renuncia a todo o parte de la indemnización para que así dicho trabajador pueda percibir ingresos, y limitando de esta forma las posibilidades de defensa del trabajador. Es más, la falta de racionalidad de

tal medida se corrobora que esa ventaja institucional de la empresa que despide no la tiene la que cumple con el mandato legal y realiza el despido por comunicación escrita.

No puede ocultarse que siendo la finalidad de la prestación o subsidio por desempleo el atender una necesidad alimenticia del trabajador o su familia, el darle a la contraparte en el conflicto social la capacidad discrecional para decidir cuando va a poder el trabajador atender esas necesidades mediante el acceso al sistema de Seguridad Social en función de que el trabajador deje que ejercitar su derecho a la tutela judicial efectiva, constituye un obstáculo insuperable para que el trabajador pueda obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de su pretensión.

En definitiva, estamos ante una media que resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica, al depender el derecho a percibir una prestación del Sistema de Seguridad Social y la protección social del trabajador despido en contra de las normas legales de un factor tan manifiestamente arbitrario como el capricho de la empresa en comunicar por escrito o no dicha extinción, rompe el principio de igualdad pues no hay ninguna justificación para que los trabajadores así despedidos carezcan de la protección social desde el momento del cese lo mismo que cualesquiera otros trabajadores, no atiende a las situaciones de necesidad cuyo objetivo es el constitucionalmente asignado al sistema de Seguridad Social, y quiebra el derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, al configurar un obstáculo insuperable para poder ejercitarlo, como es el tener que renunciar a una parte o a toda la indemnización para poder obtener la graciosa concesión de la empresa de que ha existido un despido y así garantizar unas rentas alimenticias para el trabajador y su familia.

**7.6. Vulneración del art. 14 de la Constitución, al regular el sistema de prestaciones por desempleo para los trabajadores fijos o eventuales agrarios, excluyendo del mismo al cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad del titular de la explotación, a pesar de**

**que tengan reconocida la condición de trabajadores por cuenta ajena.**

Esta exclusión no tiene lugar en el ámbito de la protección por desempleo en general, al margen de los trabajadores por cuenta ajena del sector agrario, en cuyo sistema la acreditación de que el pariente del empleador integra un supuesto de trabajador por cuenta ajena, está protegido frente al desempleo en la misma medida que cualquier otro trabajador, pues sólo estaría privado de dicha protección en la medida que dicha práctica fuera fraudulenta.

Sin embargo, en el ámbito de los trabajadores agrarios, la exclusión es total y completa para los citados parientes, basándose dicha exclusión de manera única y determinante en el vínculo matrimonial o de parentesco con el titular de la explotación agraria. Dicha exclusión opera aunque la relación mantenida con el titular de dicha explotación se integre dentro del ámbito de una relación laboral por cuenta ajena. También opera dicha exclusión aunque la falta de ocupación del trabajador constituya un supuesto de pérdida de la actividad laboral por causas ajenas a la voluntad del propio trabajador afectado.

La medida no se justifica por la exclusión de la cotización al desempleo para estos trabajadores, sino todo lo contrario, esa exclusión de la cotización no hace sino incrementar los perjuicios para tales trabajadores, en la medida que los períodos trabajados no generan derecho a cotización que puedan ser tomado en consideración de cara a un futuro derecho.

Esta medida, no sólo es discriminatoria por razón del parentesco, sino que además es particularmente discriminatoria hacía las mujeres, en la medida que existe el dato sociológico que la mayor parte de las explotaciones agrarias figuran a nombre del marido, de modo que la mujer, a pesar de prestar servicios en dicha actividad, no sólo no puede acceder al desempleo a pesar de haber perdido el trabajo por causas ajenas a su voluntad, sino que, además, dicho período trabajado no computa como cotizado para el reconocimiento de un nuevo derecho incluso si posteriormente encuentra otra ocupación e incurre en una situación legal de desempleo.

La norma no da una sola justificación de la exclusión a este colectivo de trabajadores de la protección por desempleo. Pero se ha de recordar la doctrina constitucional sobre el carácter discriminatorio de la exclusión del sistema de Seguridad Social basado, de manera única y exclusiva, en el parentesco con el empresario.

**7.7. Vulneración de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española, al establecer una exclusión del sistema del subsidio especial agrario para los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura que no han percibido subsidio en los últimos tres años, lo que afecta específicamente a los jóvenes que acceden a su primer empleo y a las mujeres que interrumpen su vida laboral durante más de tres años para la atención de la familia.**

Esta discriminación se produce pues a igualdad del supuesto de hecho, es decir, a igualdad de trabajos desarrollados y a igualdad de períodos cotizados, los jóvenes que no han disfrutado del subsidio especial agrario antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley por acceder a su primer empleo, y las mujeres que incluso aunque lo hayan disfrutado con anterioridad, hayan interrumpido su vida laboral por razón del nacimiento de un hijo o en general, para el cuidado de la familia, van a verse excluidos de la protección de este subsidio especial.

La norma ha creado dos estatutos jurídicos radicalmente opuesto que se proyecta hacia el futuro, pues mientras que para un colectivo va a seguir posibilitando el acceso al subsidio especial, para otros quedan excluidos definitivamente de dicho sistema a pesar de realizar un trabajo exactamente igual, durante el mismo tiempo y con las mismas necesidades personales y sociales.

La norma no trata tampoco de proteger ninguna expectativa o mucho menos ningún derecho adquirido, pues si bien es cierto que no se puede decir que los nuevos trabajadores que se incorporen a las labores agrarias no tienen ese derecho adquirido, tampoco puede decirse que los que han disfrutado en

alguna ocasión de tales subsidios tengan una posición jurídica sustancialmente distinta, una vez generadas y consumidas la respectivas prestaciones, y de cara a futuros períodos trabajados. En cualquier caso, si la razón se encontrara en la necesidad de proteger expectativas, ello no justificaría la exclusión de los que no han accedido al subsidio en los tres últimos años, pero lo han hecho con posterioridad, pues también han trabajado bajo dicho sistema y no obstante ello, ahora se ven sorpresivamente excluidos.

**7.7. Vulneración del art. 9.3 de la Constitución, al establecer una exclusión del sistema del subsidio especial agrario para los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura que no han percibido subsidio en los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor del Decreto-Ley, lo que supone una quiebra de la seguridad jurídica y una retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.**

El criterio de excluir del sistema de protección del subsidio especial agrario a los que no han sido beneficiarios en los tres años anteriores a la fecha de la solicitud es un factor arbitrario carente de justificación objetiva.

De esta forma, el hecho de poder o no seguir incluido en el sistema de protección del subsidio agrario depende, no de una situación objetiva de necesidad actual y concreta, sino de una situación de necesidad anterior y pasada que hubiera posibilitado, a su vez, el acceso a dicho subsidio, lo que determina un sistema de protección por el cual, sólo tienen derecho al subsidio los que se hubieran encontrado en situación de generarlo en los tres años anteriores a la entrada en vigor del Decreto-Ley, y además incurran en de nuevo en dicha contingencia hacía el futuro, mientras que se encuentran definitivamente privados los que de nuevo incurran en esa contingencia, pero no lo hubieran hecho, además, en los tres años anteriores a la nueva norma.

De esta forma, se están dando carácter sustancial y decisivo al elemento de que el trabajador hubiera generado derecho al subsidio en los tres años

anteriores a la entrada en vigor del Decreto-Ley, cuando en dicho momento ninguna norma establecía que dicho subsidio, reconocido en aquel momento, constituía el presupuesto para el mantenimiento, en el futuro, en el sistema de protección del subsidio por desempleo. Todo el conjunto de trabajadores que simplemente no han podido encontrar ocupación para generar derechos para un subsidio en ese período, o dejaron transitoriamente la actividad agraria a fin de cubrir cualesquier objetivos de su trayectoria profesional o personal, como adquirir formación más cualificada, atender los cuidados de la familia como ha venido sucediendo a un colectivo especialmente significativo de mujeres, o han desarrollado esa misma actividad agraria en otra Comunidad Autónoma en la que no estaba vigente dicho subsidio especial, o simplemente han encontrado colocación en otras actividades económicas, se han visto sorprendidos por una Norma viene a otorgar unas consecuencias del todo punto desproporcionadas a una decisión que se adoptó sin que el Ordenamiento Jurídico ni los poderes públicos hubieran fijado un marco en el cual el sujeto pudiera ser, siquiera consciente, de las consecuencias tan drástica que podría tener dicha situación objetiva o decisión del propio beneficiario.

Pero la norma no solo quiebra cualquier principio de seguridad jurídica que pudiera tener el beneficiario, sino que además viene a otorgar un efecto retroactivo a su regulación, al reconocer efectos decisivos a una actuación que se desarrolló antes de su entrada en vigor, y cuyos efectos se van a desplegar hacia el futuro restringiendo de manera completa el derecho del trabajador agrario al acceso al sistema del subsidio especial agrario.

El carácter odioso de la norma retroactiva que restringe derechos individuales se encuentra en la imposibilidad de que el sujeto hubiera podido evitar dicha restricción al dar efectos decisivos a un supuesto de hecho que se realizó bajo un régimen legal que no anudada, en absoluto, tales efectos restrictivos.

Eso es lo que sucede en el presente caso, en el colectivo de trabajadores que no han podido causar derecho al subsidio, por las razones que fueran, ya por circunstancias personales, familiares, profesionales o de cualquier

índole, en los tres años anteriores, ven como esa circunstancia, ya insuperable, despliega afectos hacía el futuro, sirviendo como factor único y decisivo para expulsarlos del sistema del subsidio especial agrario.

**7.9. Vulneración de los artículos 9.3 y 25 de la Constitución, al ampliar con efectos retroactivos las consecuencias de una sanción, que no estaban vigentes en la legislación que regía al tiempo de cometerse los hechos.**

Esta infracción se ha cometido en relación con la norma contenida en el artículo tercero del Decreto-Ley que viene a privar de subsidio especial por desempleo agrario establecido en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, a los trabajadores que hubieran visto extinguido el derecho al Subsidio en virtud de una resolución sancionadora firme. En la Disposición final Segunda del Decreto-Ley 5/2202, relativo a la entrada en vigor de lo establecido en el Decreto-Ley, se dice que las previsiones contenidas en el artículo tercero se aplicaran a todas las solicitudes de subsidio.

Como puede verse, la norma contenida en el Decreto-Ley ha precisado, de manera expresa, que la exclusión del subsidio por desempleo se aplicará, en todo caso, a todas las solicitudes de desempleo que se presenten, e incluso ni siquiera excluye de la aplicación del precepto que hemos comentado las que ya han sido presentadas y están pendientes de resolución.

Dicha previsión es frontalmente inconstitucional, al otorgar efecto retroactivos a una sanción, cuando los hechos que motivaron la infracción administrativa y determinaron la pérdida del subsidio se cometieron antes de su entrada en vigor. En aquel momento, ninguna norma tipificaba previamente que tales hechos, en caso de cometerse, estarían castigados no ya con la pérdida del derecho, sino además, con la prohibición en el futuro de que el beneficiario pudiera causarlo nuevamente. De esta forma, el art. 25 de la Constitución resulta violentado, al imponer unas consecuencias de la sanción que se encontraban tipificadas en el momento de cometerse los hechos. También se vulnera sin paliativos el art. 9.3 de la Constitución, pues el Decreto-Ley en realidad está dando efectos retroactivos a una norma

sancionadora, que amplifica e impone nuevas consecuencias en relación con hechos cometidos antes de su entrada en vigor. La norma, por otra parte, no es susceptible de interpretación conforme a la Constitución, pues la alusión expresa a que sus previsiones se aplicaran a todas las solicitudes de subsidio presentadas, o que se presenten, sin comprender ninguna excepción a tal medida, obliga necesariamente a entender que también cuando la infracción por la que se extingue el derecho al subsidio del beneficiario se hubiera producido antes de su entrada en vigor, también estará sujeta a la exclusión del régimen del subsidio agrario especial.

**7.10. Vulneración de los artículos 14, 9,3, y 41 de la Constitución, en la medida que las consecuencias de la sanción por la que se priva al beneficiario del subsidio por desempleo implica, su expulsión de dicho sistema hacia el futuro, y no guarda proporcionalidad con la infracción cometida.**

La regulación que contiene el art. 3 del Decreto-Ley establece que en caso de acordarse la imposición de una infracción con pérdida del derecho, las consecuencias de dicha sanción no sean simplemente la pérdida del derecho que se venía disfrutando, sino la imposibilidad de que en el futuro, por la realización de unos nuevos trabajos, puedan nuevamente el trabajador generar un nuevo derecho. Dicha previsión supone multiplicar los efectos de la sanción hasta el punto de privar al beneficiario de la protección del sistema del subsidio especial agrario regulado en el R.D. 5/1997, y ello, simplemente, por la comisión de una infracción que hasta ahora, y en relación con otras modalidades de subsidio, sólo suponen la pérdida del derecho que se venía disfrutando.

Se trata de una medida que ha roto directamente la adecuación entre la infracción cometida y la sanción impuesta, al acordar la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación del subsidio especial de manera definitiva e irreversible. La falta de proporcionalidad la encontramos en el propio sistema regulador de las infracciones y sanciones, pues mientras que esos mismos hechos, antes de la reforma legal, y también después de la reforma en relación con otras modalidades de subsidio, siguen manteniendo las

consecuencias de la privación del derecho que se venía percibiendo, pero no la exclusión del ámbito subjetivo del sistema. No existe ninguna justificación objetiva ni razonable para que el subsidio especial agrario tenga un régimen sancionador esencialmente diferente de la infracción de cualquier otra prestación del sistema de desempleo, ni mucho menos para que la sanción sea cualitativamente tan distinta e intensa que expulse al beneficiario, definitivamente, del sistema del subsidio especial, sobre todo por persisten la situación de necesidad de tales trabajadores, ante la circunstancia de un paro masivo que imposibilita de manera real y efectiva la colocación, y la falta de otros recursos económicos.

**7.11. La vulneración del art. 40.1 de la Constitución, en la medida que el Decreto-Ley ha suprimido la garantía constitucional de la formación y readaptación profesionales de los trabajadores desempleados cuando llevan más de un año percibiendo prestaciones por desempleo, imponiéndoles la obligación de aceptar una colocación que no se corresponde con sus aptitudes físicas y formativas, y que no garantiza su readaptación profesional.**

**7.12. La vulneración del art. 40.2 de la Constitución, al no garantizar el descanso adecuado de los trabajadores, a los que se les obliga a aceptar un puesto de trabajo en el que tengan que emplear hasta dos horas diarias, a costa de su tiempo dedicado a la vida personal y familiar, por el hecho de llevar un año sin encontrar ocupación.**

8. Respecto del momento en que el Gobierno adoptó el citado Real Decreto-Ley (viernes, 24 de mayo de 2002) hay que recordar que los sindicatos mayoritarios habíamos decidido el día anterior una respuesta contundente a las medidas que el Gobierno anunció de manera genérica el pasado 17 de abril. Esta respuesta se concreta en una huelga general para el próximo día 20, cuyo objetivo en principio era la presión para que el Gobierno iniciara un proceso de negociación dentro del esquema del diálogo social. Con su actuación reguladora el Gobierno intenta menoscabar la legitimidad de las organizaciones sindicales, contraponiendo los derechos del artículo

28 de la Constitución, relativos a huelga y libertad sindical, con la legitimidad de las instituciones democráticas en la elaboración de las normas. En tal sentido, se han orientado las manifestaciones de los distintos miembros del Gobierno, incluyendo el Presidente a partir de la promulgación del Real Decreto-Ley. Es una actuación sin precedentes en la historia de la democracia española.

9. Sobre la aplicación del Real Decreto-Ley en vigor desde el día siguiente de su adopción, hay que recordar que en base a una técnica legislativa que atenta contra la seguridad jurídica, son muy numerosos los aspectos que se dejan sin regular, remitiéndose a un desarrollo posterior o que se regulan provisionalmente a través de normas transitorias anunciándose una modificación posterior. La experiencia nos demuestra la eficacia de la Institución del Defensor del Pueblo en el seguimiento administrativo para evitar lesiones de los derechos del Título I de la Constitución, como es el caso de la discriminación existente entre trabajadores con contrato de interinidad que sustituían a trabajadores fijos discontinuos. En este supuesto, su pronta actuación hizo valer el principio de igualdad ante una actuación administrativa contraria al mismo. Pues bien, la nueva regulación aportará numerosos supuestos con un alto riesgo de vulneración de tal principio a la hora de su aplicación práctica, por lo que será preciso una actuación específica. Máxime cuando el esquema general de protección por desempleo ha cambiado y así será percibido por los trabajadores, hemos pasado del reconocimiento legal de un derecho subjetivo de protección y apoyo en la búsqueda de empleo, a una especie de "contrato de protección" en que el trabajador asume una serie de compromisos y está sometido a un conjunto de obligaciones inespecíficas cuya concreción se deja en manos de los Servicios Públicos de Empleo o de otras entidades que colaboren con los mismos.
10. Por todo lo anterior, UGT y CC.OO. solicitamos del Defensor del Pueblo, con el mayor respeto:

- a. **El análisis del Real Decreto-Ley a la luz de las manifestaciones anteriores, para valorar su compatibilidad con los derechos recogidos en el Título I de la Constitución.**
- b. **Una actuación decidida y programada para la defensa y salvaguarda de los derechos fundamentales y sociales de los trabajadores, particularmente de los desempleados, que en una primera fase debe concretarse en todas aquellas normas de desarrollo y circulares elaboradas por el Ministerio de Trabajo o el INEM para la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002.**
- c. **El estudio para la presentación, si procede, de un Recurso de Inconstitucionalidad en base a lo dispuesto en el art. 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en atención a las consideraciones que CC.OO. y UGT manifestamos en este escrito.**

En espera de sus noticias, quedamos a su disposición para cualquier cuestión que nos solicite relacionada con este escrito.

Reciba un respetuoso saludo.

POR UGT:

POR CC.OO.: