

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DON ROBERTO GRANIZO PALOMEQUE, Procurador del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, con despacho profesional en Madrid, calle Gaztambide número 47, en nombre y representación de los Diputados/as siguientes:

DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA, SEGÚN SE ACREDITA MEDIANTE CERTIFICADO DE LA SECRETARIA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS QUE SE ADJUNTA COMO DOCUMENTO NÚMERO 1:

D. JOSÉ ACOSTA CUBERO, D^a CARMEN ALBORCH BATALLER, D. JOAQUÍN ALMUNIA AMANN, D. FRANCISCO AMARILLO DOBLADO, D. ALFREDO AROLA BLANQUET, D. JOSÉ ASENJO DÍAZ, D. JAVIER BARRERO LÓPEZ, D. GERMÁ BEL I QUERALT, D. JAIME BLANCO GARÍCA. D. JOSÉ BLANCO LÓPEZ, D^a ROSA DELIA BLANCO TERÁN, D. JESÚS CALDERA SÁNCHEZ-CAPITÁN, D. SALVADOR CLOTAS I CIERCO, D^a M^a ROSA CONDE GUTIERREZ DEL ALAMO, D. FRANCISCO CONTRERAS PÉREZ, D^a ELVIRA CORTAJARENA ITURRIOZ, D^a M^a TERESA COSTA CAMPÍ, D. JESÚS CUADRADO BAUSELA, D^a TERESA CUNILLERA i MESTRES, D^a RAQUEL DE LA CRUZ VALENTÍN, D. MARIO EDO GIL, D. JOSÉ FERNÁNDEZ CHACÓN, D^a. TERESA FERNÁNDEZ DE LA VEGA, D. FRANCISCO MIGUEL FERNÁNDEZ MARUGÁN, D. ALBERTO FIDALGO FRANCISCO, D^a MARIA DE LAS MERCEDES GALLIZO LLAMAS, D^a LUDIVINA GARCÍA ARIAS, D. FRANCISCO JAVIER GARCÍA BREVA, D^a M^a BLANCA GARCÍA MANZANARES, D^a IRATXE GARCÍA PÉREZ, D. JUSTO GONZÁLEZ SERNA, D. LUIS GONZÁLEZ VIGIL, D^a MARIA DOLORES GOROSTIAGA SAÍZ, D. JOSÉ ANTONIO GRIÑAN MARTÍNEZ, D. MIGUEL ANGEL HEREDIA DÍAZ, D. RAMÓN JAUREGUI ATONDO, D. JOAQUÍN LEGUINA HERRAN, D. JAIME LISSAVETZKY DÍEZ, D. JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, D. DIEGO LÓPEZ GARRIDO, D^a M^a JOSÉ LÓPEZ GONZÁLEZ, D^a. ISABEL LÓPEZ I CHAMOSA, D. JOAN MARCET i MORERA, D. MANUEL MARÍN GONZÁLEZ, D^a CARMEN MARÓN BELTRÁN, D. JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ LASECA, D. ANGEL MARTÍNEZ SANJUAN., D^a ARANTZA MENDIZÁBAL GOROSTIAGA, D^a NAZARIA MORENO SIRODEY, D. VICTOR MORLÁN GARCÍA, D. CARLOS

NAVARRETE MERINO, D. JERÓNIMO NIETO GONZÁLEZ, D^a. MARIA DEL CARME OLMEDO CHECA, D^a LEIRE PAJÍN IRAOLA, D^a MONTSERRAT PALMA I MUÑOZ, D^a. MARÍA SOLEDAD PÉREZ DOMÍNGUEZ, D. ALFREDO PÉREZ RUBALCABA, D^a ROSA MARÍA PERIS CERVERA, D. JOAN IGNASI PLA I DURÁ, D^a FRANCISCA PLEGUEZUELOS AGUILAR, D^a. ISABEL POZUELO MEÑO, D. JOSÉ QUINTANA VIAR, D. SEBASTIÁN QUIROS PULGAR, D^a. M^a TERESA RIERA MADURELL, D. VICENTE RIPA GONZALEZ, D. TOMÁS RODRÍGUEZ BOLAÑOS, D^a INES MARÍA RODRÍGUEZ DÍAZ, D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO, D. FRANCESC J. ROMEU I MARTÍ, D^a M^a CONSUELO RUMÍ IBÁÑEZ, D^a MARIA DEL CARMEN SÁNCHEZ DÍAZ, D. JOAQUÍN MANUEL SÁNCHEZ GARRIDO, D. JOSÉ SEGURA CLAVELL, D^a JUANA SERNA MASÍA, D. JORDI SEVILLA SEGURA, D. JULIÁN SIMÓN DE LA TORRE, D. CELESTINO SUAREZ GONZÁLEZ, D^a CLEMENCIA TORRADO REY,. D^a AMPARO VALCARCE GARCÍA, D^a MATILDE VALENTÍN NAVARROD. RAFAEL VELASCO SIERRA, D. JULIO VILLARRUBIA MEDIAVILLA, y D. LUIS YÁÑEZ-BARNUEVO GARCÍA.

DEL GRUPO PARLAMENTARIO FEDERAL DE IZQUIERDA UNIDA, SEGÚN SE ACREDITA MEDIANTE CERTIFICADO DE LA SECRETARIA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS QUE SE ADJUNTA COMO DOCUMENTO NÚMERO 2:

D. GASPAR LLAMAZARES TRIGO, D. LUIS FELIPE ALCARAZ MASATS, D^a PRESENTACIÓN ÚRAN GONZÁLEZ, D. FRANCISCO FRUTOS GRAS, D^a MARIA LUISA CASTRO FONSECA, D. JOSÉ LUIS CENTELLA GÓMEZ, D. LUIS CARLOS REJÓN GIEB, D. ANTERO RUIZ LÓPEZ.

Y DEL GRUPO PARLAMENTARIO MIXTO, SEGÚN SE ACREDITA MEDIANTE CERTIFICADO DE LA SECRETARIA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS QUE SE ADJUNTA COMO DOCUMENTO N^o 3:

D. FRANCISCO RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (BNG), D JOAN SAURA LAPORTA (IC-V), D. JOAN PUIGCERCÓS I BOIXASSA (ERC), y D. JOSÉ ANTONIO LABORDETA SUBÍAS (CHA)

ante el Tribunal Constitucional [TC en lo sucesivo] comparezco y, para como mejor en Derecho proceda, **DIGO:**

Que mediante el presente escrito, en la representación que ostento, en tiempo y forma y al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 *a*) y concordantes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, B.O.E. 5, del Tribunal Constitucional [LOTC en lo sucesivo], vengo a interponer **RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** frente al **REAL DECRETO-LEY 5/2002, DE 24 DE MAYO, B.O.E. 25, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MEJORA DE LA OCUPABILIDAD.**

A tal fin se dejan consignados los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de mayo de 2002 ha sido publicado, en el Boletín Oficial del Estado [B.O.E.], el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, B.O.E. 25, de «Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad» [RDL 5/2002 en lo sucesivo].

SEGUNDO.- El RDL 5/2002 ha sido acordado «haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 24 de mayo de 2002», según expresamente se dice en el último párrafo de su Exposición de Motivos [EdeM en lo sucesivo]. Consta de cuatro Capítulos, cinco artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, siete Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria única y dos Disposiciones Finales.

TERCERO.- Los recurrentes estiman que el precitado RDL 5/2002 vulnera lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Constitución Española [CE en lo sucesivo] en cuanto no concurre el presupuesto habilitante que exige el mencionado precepto para dictar el Gobierno disposiciones con forma de Real Decreto-Ley, y los artículos 9.3, 14 y 25.1 CE en cuanto que distintos preceptos del RDL 5/2002 violan lo dispuesto en aquellos.

FUNDAMENTOS PROCESALES

I.- COMPETENCIA

Es competente el Pleno del TC para conocer del presente Recurso, a virtud de lo dispuesto en los artículos 2.1 a), 10 a), y 27.2 a) LOTC.

II.- PROCEDIMIENTO

Procede el presente Recurso a virtud de lo establecido en el artículo 29 1 a) LOTC.

III.- TÉRMINO Y PLAZO

El presente Recurso se interpone una vez publicado, en el B.O.E. de 25 de mayo de 2002, el RDL 5/2002, como manda el artículo 31 LOTC, y dentro del plazo de tres meses contados a partir de la mencionada publicación, como ordena el artículo 33 LOTC.

IV.- LEGITIMACIÓN

El presente Recurso se promueve por más de cincuenta Diputados, dándose con ello cumplimiento a las exigencias de legitimación que previene el artículo 32.1 c) LOTC.

MOTIVOS DE RECURSO

PRIMERO.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL RDL 5/2002, EN SU TOTALIDAD, POR INEXISTENCIA DEL PRESUPUESTO HABILITANTE (SITUACIÓN DE «EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD») EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 86.1 CE

§1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 CE, y ha recordado el TC ya desde su sentencia 29/82, las Cortes Generales representan al pueblo español y ejercen, con toda plenitud, la potestad normativa del Estado. Lo que implica que la potestad normativa reside en las Cortes Generales; la primacía de la Ley, que únicamente queda sometida a la CE; y un proceso ordinario de elaboración de las

leyes a virtud del cual corresponde a las Cortes Generales su aprobación previa iniciativa del Gobierno, facultad ésta que comparte con el Congreso, el Senado y la iniciativa popular. Al Gobierno se reconoce, no obstante, la potestad de dictar normas con rango de ley en dos supuestos determinados: Decretos legislativos, *ex* artículos 82 a 85 CE, previa delegación de las Cortes Generales; y Decretos-leyes, *ex* artículo 86 CE, concurriendo los requisitos constitucionalmente exigidos por el indicado precepto.

La potestad normativa reconocida al Gobierno en el artículo 86 CE se configura, empero, como una «facultad excepcional» que, ampliando «el juego normal atribuido al Gobierno en la acción legislativa, pues ... se pone a su disposición con todos los condicionamientos que dice el artículo 86.1 ... un instrumento con el que atender necesidades que reclaman una acción legislativa inmediata» (STC 29/82), implica la promulgación de disposiciones provisionales, en cuanto insito a ellas se halla «el límite de su vigencia» *ex* artículo 86.2 CE a efectos de su convalidación (STC 111/83), sin perjuicio de su tramitación urgente como proyectos de ley *ex* artículo 86.3 CE. De suerte tal que, en tanto facultad excepcional, adolece de tres limitaciones constitucionalmente bien establecidas: (1) Exclusión de determinadas materias, *ex* artículo 86.1, primer inciso, CE; (2) presupuesto habilitante, es decir, concurrencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad», *ex* artículo 86.1, primer inciso, CE.; y (3) sometimiento inmediato al Congreso de los Diputados para su debate y votación y, en su caso, convalidación o derogación, *ex* artículo 86.2 CE.

Por consiguiente y derivadamente de ello (STC 29/82), el ejercicio de tal facultad queda sujeta a control «fiscalizador» por parte del TC, a fin de asegurar que aquella se ejerce por el Gobierno «dentro del marco trazado por la Constitución». Siendo TC competente, en su consecuencia, para determinar, de una parte, «si se han respetado o no los requisitos establecidos por la Constitución para que el Gobierno pueda ejercitar la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-leyes», de suerte tal que un Decreto-Ley podrá ser invalidado por el TC si los preceptos contenidos en el mismo versan «sobre materias excluidas», o si no existe «la conexión establecida (por la CE) entre esta facultad legislativa constitucional y la existencia de un presupuesto habilitante concreto: el caso de extraordinaria y urgente necesidad». Y, de otra, para enjuiciar «si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución», es decir, si los preceptos contenidos en el mismo chocan «por su contenido con prescripciones integradas en el bloque normativo a que se refiere el artículo 28 de la LOTC».

§2. Ciertamente corresponde «al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado» la «apreciación de lo que haya de

considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad» (STC 29/82 y 29/86). Sin embargo, el hecho de que «en principio, y con el razonable margen de discrecionalidad», sea «competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por considerarla de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de Decreto-ley» (STC 29/82), «no conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución sea, en modo alguno, “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos leyes”» (STC 11/2002, citando STC 182/1997, que sintetiza lo sentado en SSTC 29/82, 6/83 y 29/86). De tal modo, que cabe rechazar la constitucionalidad de un Decreto-Ley en «supuestos de uso abusivo o arbitrario», es decir, cuando la situación puede «ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia» (STC 29/1982; iguales las SSTC 111/83, 29/86 y 182/97).

Dedúcese así de lo dicho por el propio TC, que la concurrencia de presupuesto habilitante para la lícita, y constitucionalmente regular, promulgación de Decretos-leyes por el Gobierno requiere:

- a) A efectos del control y valoración constitucional del Decreto-ley por el TC (STC 23/93), la «definición explícita y razonada» de la situación definida por el Gobierno como de extraordinaria y urgente necesidad (STC 29/82).
- b) A efectos de la idoneidad o «adecuación» (STC 111/83) constitucional formal del Decreto-ley para afrontar la situación cuya regulación contiene:
 - a') Una situación que «por razones difíciles de prever», reclame una actuación legislativa «inmediata», es decir, cuya «efectividad» reclame la «inmediatividad» de la medida o un «plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes» (STC, 111/83; en igual sentido, SSTC 6/83, 29/86, 60/86, 177/90 y 225/93).
 - b') Una actuación legislativa que modifique «de manera instantánea la situación jurídica existente» (STC 29/82), sin que, de otra parte, al TC corresponda «inmiscuirse en la decisión de gobierno» ni valorar la bondad de la alternativa elegida, de entre todas las posibles, en el plano de la regulación material, pues ello «entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al Gobierno ... corresponde» (STC 111/83). Ello excluye así que, por Decreto-ley, se efectúe:

- a”) La incorporación de preceptos meramente «deslegalizadores», máxime cuando no establecen plazo para su ejecución o este es superior al del trámite parlamentario (STC 29/82). Si bien deben distinguirse de aquellos otros preceptos «habilitantes», es decir, que inciden sobre una situación antes no regulada por ley, crean el marco jurídico necesario para la adopción de medidas antes inexistentes (STC 29/86), o resultan técnicamente inaplicables de modo inmediato (STC 23/93).
- b”) Alteraciones de la «estructura del ordenamiento jurídico» que, por su propia naturaleza, son incompatibles con la adopción de medidas «concretas y de eficacia inmediata» (STC 29/82).
- c) A efectos de la idoneidad o «adecuación» (STC 111/83) constitucional material del Decreto-ley para afrontar la situación cuya regulación contiene, una «conexión de sentido entre la situación definida y las medidas» adoptadas, es decir, una «relación directa o de congruencia» con la situación que origina la decisión de promulgar el Decreto-ley (STC 29/82 y 182/97). A cuyo fin deberá considerarse la Exposición de Motivos de la norma, el debate parlamentario de convalidación y su expediente de elaboración (STC 29/82).

§3. Pues bien, el RDL 5/2002 carece, de entrada, de alguna «definición explícita y razonada» de la situación considerada por el Gobierno como de extraordinaria y urgente necesidad, habida cuenta que su EdeM, en el penúltimo párrafo, justifica la promulgación del mismo en razón a las siguientes circunstancias: (1) Situación urgente: «La cambiante situación de la economía internacional y la necesidad de incidir en una situación de paro todavía elevada, mejorando el ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo español, convierten en urgente la toma de medidas para mejorar su funcionamiento e incrementar e impulsar el acceso al empleo de quienes carecen de el»; (2) Situación extraordinaria: «La necesidad de no desaprovechar las nuevas oportunidades, más variadas que las que se presentaban en etapas anteriores, proporciona razones extraordinarias para acometer la reforma en el plazo más breve posible».

Así definida, el RDL carece en pureza, lisa y simplemente, de definición – incluso de mera descripción– de la situación considerada, lo que, además, dificulta –si no impide– que ese TC pueda examinar, a partir de lo que el RDL diga y no de lo que parezca decir o de lo que se estime que ha querido decir, la concurrencia del presupuesto habilitante y obstaculiza seriamente el control

constitucional de la norma, por cuanto que no se mencionan siquiera cuáles sean los cambios de la economía internacional objeto de especial consideración por el Gobierno, no se precisa tampoco la relación existente entre el ajuste entre la oferta y la demanda de trabajo y la reforma de la protección por desempleo en los precisos términos en que se aborda, y no se identifican, siquiera someramente, cuáles sean las «nuevas oportunidades» que no deben desaprovecharse, cuáles sean las variaciones que presenten ahora respecto de «etapas anteriores», ni se identifica, siquiera someramente, estas últimas.

Siempre es reprochable el incumplimiento de las normas, o su cumplimiento defectuoso, lato o *ad minimum*. Pero más aun cuando se trata de una exigencia constitucional, es el Gobierno de la nación quien la incumple, el incumplimiento se produce ejercitando una facultad excepcional, y es notorio que el RDL será objeto de recurso de inconstitucionalidad ante ese TC, pues no en vano ha sido inmediatamente precedido de la convocatoria de Huelga General por las organizaciones sindicales más representativas y ha concitado el unánime rechazo de todas las fuerzas políticas del país. Y aun más, si ello cabe, si se tiene en cuenta que el RDL no contiene medidas concretas para una situación asimismo concreta, objetiva y bien determinada, sino que incorpora una profunda –y notoriamente regresiva– reforma del ordenamiento laboral español, pues modifica cuatro de la media docena de Leyes básicas que lo regulan: La Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Procedimiento Laboral, y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

§4. También adolece el RDL 5/2002 de inidoneidad constitucional formal para afrontar la situación considerada por el Gobierno, puesto que, como enseguida se dirá, no concurre ni la urgencia ni la extraordinaria necesidad que reclama el artículo 86.1 CE para su válida promulgación.

A) No concurrencia de «urgente necesidad»

En primer término, porque los «objetivos» que la EdeM del RDL dice perseguir, a saber, «facilitar las oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo», «mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo», «corregir disfunciones observadas en la protección por desempleo» y «ampliar la protección a colectivos que actualmente carecen de ella», no pueden conectarse con genéricas e imprecisas «razones de justicia social», ni calificarse como «urgentes» en el sentido reclamado por el artículo 86.1 CE para habilitar la promulgación de un Decreto-Ley, en un modelo de Estado social como el nuestro en el que, expresamente además: (1) Los poderes públicos están obligados a garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo», *ex* artículo 41 CE; (2) Se

reconoce el derecho constitucional al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente y a la no discriminación en el empleo por razón del sexo, *ex* artículo 35.1 CE); (3) Los principios reconocidos en el Capítulo III de la CE –y, entre ellos, la implantación de políticas orientadas al pleno empleo *ex* artículo 40.1 CE, y a la formación y readaptación profesionales *ex* artículo 40.2 CE– han de informar la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos, *ex* artículo 53.3 CE); Y (4) los poderes públicos quedan «obligados» no solo «al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional» sino, también, a «desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (STC 113/89, FJ 3). O, dicho de otro modo, aceptar que se califique como «urgente» lo que debe ser, conforme a la CE, una acción permanente, constante y sostenida de Gobierno en materia de empleo y protección frente al desempleo, implicaría aceptar el vaciamiento material de este límite constitucional a la promulgación de Decretos-leyes, pues toda medida de gobierno en éste ámbito sería «urgente» y, por tanto y al propio tiempo, no lo sería en términos diferenciales y específicos («urgente necesidad» *ex* artículo 86.1 CE) respecto de una potestad normativa que se otorga al Gobierno con carácter excepcional y provisional, conduciendo al absurdo de abrir la posibilidad a una permanente regulación, por Decreto-Ley, de esta materia, de suerte tal que aquel perdería su carácter de norma excepcional para trocarse en modo constitucionalmente idóneo para regular el mercado de trabajo.

En segundo lugar, las medidas contenidas en el RDL 5/2002 no pueden tampoco calificarse como «urgentes» en cuanto acción legislativa que incida sobre una situación de hecho reclamada de actuaciones inmediatas y sin demora, al ser notorio que las elevadas de tasas de desempleo en España son de naturaleza estructural, se remontan a varios años atrás y, en opinión del propio Gobierno, no solo no han crecido, reclamando una actuación normativa instantánea, sino que decrecen («necesidad de incidir en una situación de paro *todavía elevada*»).

Finalmente, no cabe calificar como medidas «urgentes» aquellas que, lejos de modificar de modo instantáneo la situación jurídica existente: (1) O condicionan su eficacia a desarrollos reglamentarios ulteriores [artículo 1.Dos, modificación del artículo 208.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS en lo sucesivo; artículo 1.Seis, modificación del artículo 215.3.2 LGSS; DA 4ª; DT 7ª.6]; (2) O contienen habilitaciones pero son abiertas, genéricas y de naturaleza potestativa en cuanto a su aplicación [artículo 1.Ocho, modificación del artículo 228.3 y nuevo artículo 228.4 LGSS]; (3) O contienen meras deslegalizaciones en sentido estricto [artículo 4.3 en relación con el artículo 10.3 LGSS]; (4) O, en fin, contienen regulaciones tan impropias de un Decreto-ley

que la propia norma recurrida las rebaja de rango inmediatamente después de elevarlo [DT 4^a.2; DT 5^a.8].

B) No concurrencia de «extraordinaria necesidad»

Tampoco concurre, como exige el artículo 86.1 CE, una situación imprevisible o de difícil previsión, que exija una actuación legislativa inmediata o que no pueda esperar a la tramitación parlamentaria ordinaria o de urgencia, por cuanto que la aparición de «nuevas oportunidades» en materia de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, sobre no explicitarse si son de orden social o económico, si nacionales o internacionales, si directas o derivadas de otras circunstancias previas o coetáneas, si estructurales o coyunturales, no puede calificarse, *tout court* y sin otras precisiones, como un acontecimiento «inusual», «desacostumbrado», «insólito», «extremo», «extravagante», «inusitado», «sorprendente», «excepcional», «raro», de fuerza mayor, independiente de cualquier análisis lógico, natural e independiente de la voluntad humana, catastrófico, etc., acepciones todas ellas posibles de la expresión «extraordinario».

Segundo, porque la actuación sobre el mercado de trabajo y la protección frente al desempleo por vía de Decreto-Ley no es una actuación legislativa habilitante y para la adopción de ulteriores medidas extraordinariamente necesarias, pues no nos hallamos ante una realidad social carente de regulación legal o precisada de un marco jurídico que posibilite la adopción de regulaciones antes inexistentes. Antes al contrario, el RDL 5/2002 implica en su totalidad, a excepción de lo dispuesto en la DA 1^a, modificaciones de leyes preexistentes (v.gr., artículos 1 a 5, DA 3^a, DT 3^a, DT 7^a) y sus correspondientes aplicaciones concretas (DA 2^a, DA 4^a, DT 4^a, DT 5^a, DT 6^a).

Tercero, porque tampoco desde la lógica jurídico-constitucional este RDL es equiparable, atendiendo a su motivación de gobierno, a cuantos otros le han precedido y que el TC ha estimado conformes a la CE, como son «la apreciación de la urgencia hecha por el Gobierno en caso de modificaciones tributarias que afectaban a las Haciendas locales (STC 6/1983, de 4 de febrero), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de adopción de planes de reconversión industrial (SSTC 29/1986, de 20 de febrero), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo Gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo), de modificaciones normativas en relación con la concepción de autorización para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993, de 21 de enero), o de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre). Como fácilmente se puede constatar, en todas estas Sentencias los decretos-leyes enjuiciados afectan a lo que la STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5, denominó

“coyunturas económicas problemáticas”, para cuyo tratamiento el decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro, según tenemos reiterado, que subvenir a “situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5)».

Cuarto y final, porque no es atendible el argumento de la inmediata efectividad de las disposiciones contenidas en el RDL 5/2002, en los términos establecidos en su Exposición de Motivos («para evitar comportamientos que impiden o dificultan alcanzar los objetivos previstos en la norma»), puesto que queda referido por el Gobierno a una presunción genérica de uso abusivo o antisocial de los derechos por los destinatarios, a quienes se atribuyen «comportamientos» tendentes a evitar la aplicación de la ley, invirtiéndose con ello la presunción de que los derechos se ejercen regularmente por los ciudadanos (STC 46/99, FJ 2); y confunde abiertamente la exigencia de urgencia, constitucionalmente referida a la situación precisada de intervención legislativa, con la inmediatez de su entrada en vigor, que es circunstancia referida a la vigencia inicial de las normas jurídicas y, en su consecuencia, del todo ajena al presupuesto habilitante de los decretos-leyes.

§5. El RDL 5/2002 presenta también, por último, inidoneidad constitucional material para afrontar la situación considerada por el Gobierno, en el sentido de no existir la «conexión de sentido» que reclama la doctrina de ese TC entre la situación definida por el Gobierno como de urgente y extraordinaria necesidad y las medidas adoptadas en aquel.

Ciertamente, no reviste gran dificultad técnica establecer la existencia o no de correspondencia o conexión de sentido entre la situación definida como de urgente y extraordinaria necesidad y las concretas medidas adoptadas para regularla cuando nos hallamos ante acontecimientos o situaciones concretas y determinadas (v.gr., una catástrofe natural) y la adopción de medidas directamente destinadas a abordarlas (v.gr., habilitación de un crédito presupuestario extraordinario, establecimiento de ayudas excepcionales, etc.). Sin embargo, semejante operación deviene de enorme complejidad cuando –teniendo en cuenta que el juicio de constitucionalidad no puede entrar en el análisis de la bondad o eficacia material de la decisión de gobierno, ni en la valoración de las medidas adoptadas respecto de otras posibles o alternativas, ni aun en el análisis de lo que se incluye y lo que se margina en el Decreto-ley enjuiciado–, no solamente no se cuenta –como ya se dijera antes– con una definición explícita y

razonada de la situación concurrente–, sino que además el RDL 5/2002 se contrae a la reforma de Leyes formales precedentes y adolece de las objeciones que, en cuanto a su instantaneidad (desarrollos reglamentarios ulteriores, habilitaciones abiertas, genéricas y potestativas, deslegalizaciones), también se han mencionado.

En consecuencia, y a fin de poder enjuiciar la necesaria correspondencia o conexión de sentido que pueda existir entre la situación regulada y la regulación efectuada, únicamente cabe recurrir a dos instrumentos analíticos diferenciados: De una parte, la relación existente entre la situación definida como de extraordinaria y urgente necesidad, los objetivos normativos que el RDL 5/2002 pretende alcanzar, y la regulación que, en efecto, establece a tales fines. Y, de otra, la valoración conjunta de cuantos otros elementos pudieran haber determinado objetivamente al Gobierno para optar por la promulgación de un RDL en vez de acudir al trámite parlamentario ordinario.

§6. En punto a lo primero, los elementos a confrontar son los siguientes:

- a) La situación definida por el Gobierno como de urgente y extraordinaria necesidad, conforme a la EdeM del RDL 5/2002:
 - a') «La cambiante situación de la economía internacional y la necesidad de incidir en una situación de paro todavía elevada, mejorando el ajuste entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo español, convierten en urgente la toma de medidas para mejorar su funcionamiento e incrementar e impulsar el acceso al empleo de quienes carecen de el ».
 - b') «La necesidad de no desaprovechar las nuevas oportunidades, más variadas que las que se presentaban en etapas anteriores, proporciona razones extraordinarias para acometer la reforma en el plazo más breve posible».
 - c') «Por otra parte, algunas de las medidas están condicionadas por la situación de los destinatarios en el momento de su entrada en vigor; para evitar comportamientos que impidan o dificulten alcanzar los objetivos previstos en la norma...».
 - d') Finalmente, «razones de justicia social hacen aconsejable que el acceso a la protección de colectivos ahora desprotegidos se realice también de manera inmediata».
- b) Y los objetivos normativos del RDL 5/2002 conforme se establecen, asimismo, en su EdeM:
 - a') «Facilitar oportunidades de empleo para todas las personas que deseen incorporarse al mercado de trabajo».

- b') «Mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo».
- c') «Corregir disfunciones derivadas de la protección por desempleo».
- d') «Ampliar la protección a colectivos que actualmente carecen de ella».

Sin embargo, el contenido normativo real o material del RDL 5/2002 no atiende, en modo alguno, a tales «objetivos», pues su única preocupación es la pura, dura e inmediata reducción –sin debate público ni político algunos– de derechos preexistentes; y más que facilitar oportunidades de empleo o corregir disfunciones del régimen vigente de protección por desempleo, dificultar el acceso al régimen de protección y asegurar que sus preceptores abandonen cuanto antes, y del modo que fuere, el cobro de las prestaciones. A cuyo fin el RDL 5/2002 llega incluso a modificar la estructura del ordenamiento jurídico vigente, sin ofrecer justificación adicional alguna para ello (STC 29/82), y a reducir las garantías institucionales que se hallan inmediatamente conectadas –*ex artículo 53 CE*– con derechos constitucionales como los contenidos en los artículos 25.1, 40 y 41 CE (STC 113/89, FJ 3). Tal cual se manifiesta, todo ello, en lo que sigue:

- a) El RDL 5/2002 (artículo 1.Seis: modificación del artículo 215 LGSS) ha establecido una serie de medidas que implican 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 RDL 5/2002 priva del acceso al subsidio por desempleo en todas sus modalidades, en particular cuando concurren cargas familiares, a los parados que carecen de colocación por causas ajenas a su voluntad, tienen cargas familiares concretadas en la existencia de 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 gratificaciones o pagas extraordinarias. También impone la exclusión del subsidio 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 al acaecimiento de la situación de necesidad, una indemnización por despido en cuantía superior a las 662.184 ptas. Por otra parte, la norma impone un tratamiento diferenciado entre las rentas del trabajo provenientes de la extinción contractual sin causa o en virtud de despido objetivo o colectivo, y cualesquiera otras rentas aunque denoten

una capacidad económica incluso notablemente superior. Y ello porque:

- (1) 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–;
- (2) Porque es claro que la indemnización por despido es una cantidad que, en cualquier caso, se agota con su reconocimiento ante la finalización contractual, no siendo susceptible de generación periódica o ulterior más allá del mismo momento de la extinción del contrato, al margen de la modalidad que se adopte en su pago; por ello cuando la norma exige 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 hacia 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;
- (3) Porque 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;
- (4) porque la medida, finalmente, 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, 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.

- b) Supresión de los denominados «salarios de tramitación» en los casos en que el empresario opte por la no readmisión del trabajador despedido con improcedencia o nulidad (artículo 2: modificación de los artículos 55.6, 55.7 y 57 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, LET en lo sucesivo), y que, sin perjuicio de lo que se dirá en punto a la inconstitucionalidad material de esta medida (Segundo Motivo del presente Recurso), por lo pronto implica: (1) Que se causa una reducción en el nivel de protección del despedido, 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 SMI sin gratificaciones extraordinarias); (2) Que esa protección es inexistente para los trabajadores que no tienen períodos cotizados para acceder a las prestaciones –un mínimo de un año de cotización para acceder a una prestación 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–; Y (3) que se estimula la opción de la no readmisión por la empresa, pues, de efectuarse, es responsable de la devolución al INEM de la prestación interin percibida por el trabajador readmitido. 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. Por otra parte, y habida cuenta que el despido nulo o improcedente, o la terminación ilícita de un contrato temporal, no implican la automática reposición del trabajador en su puesto de trabajo, sino –y a voluntad del empleador– el derecho a una indemnización sustitutiva, la reducción de la misma por la vía de la eliminación de los salarios de tramitación afecta a las reglas reguladoras del régimen de salida del mercado de trabajo y, en su consecuencia, a la estructura del ordenamiento jurídico regulador del mismo.
- c) La supresión de los salarios de tramitación afecta a todo tipo de despidos, tanto a los verbales, que tienen asignada la calificación de improcedentes

–artículo 55.4 LET–, cuanto a los que son objeto de comunicación escrita, sean calificados como procedentes o improcedentes, siempre que la empresa no opte por la readmisión o se califiquen 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, porque la acreditación de la situación legal de desempleo está reservada, según la DT 2ª del RDL 5/2002, 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 por 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 despedido a las prestaciones o subsidios desde el mismo momento del cese. El resultado final es que hace de peor condición a quien se ve privado de su empleo al margen de todas las garantías que establece el ordenamiento del despido, a pesar de que sea el propio ordenamiento, como no podía ser de otra manera, el que haya establecido para tales casos la inmediata calificación del despido como improcedente y, por lo tanto, considere que el trabajador, sin más consideraciones, ha sido objeto de una práctica ilícita. Sin que dicha situación pueda ser evitada, en modo alguno, por el trabajador afectado, que carece de toda posibilidad de exigir a la empresa que notifique por escrito su despido y, además, se encuentra frente a un sistema tasado de formas acreditativas de la situación legal de desempleo que otorga valor exclusivo a la carta de despido y niega validez a cualesquiera otro medio que pudiera cumplir dicha finalidad –tal como 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 Entidad Gestora; o 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 sólo es válida el acta que declare el despido procedente o improcedente pero no la levantada «sin efecto» cuando la empresa no comparece–. De hecho, la única posibilidad que le resta al trabajador para

evitar la demora en el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, y evitar el vacío de protección desde el cese –hasta ahora esa función era cumplida por los salarios de tramitación que el RDL 5/2002 elimina–, es llegar a un acuerdo con la empresa que se funde 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 su acceso a las prestaciones por desempleo. De esta forma, se produce, o puede producir, una restricción inaceptable del derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto el RDL 5/2002 diseña un mecanismo institucional conforme al cual el empresario que despidió verbalmente, incumpliendo la norma que establece la forma del despido, adquiere una inusitada ventaja para evitar el juicio por despido o para imponer al trabajador la renuncia a toda o parte de la indemnización. En definitiva, se trata de una media que: (1) Resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica, al hacer depender el derecho a percibir una prestación del Sistema de Seguridad Social y la protección social del trabajador despedido sin forma de un factor tan manifiestamente arbitrario como el capricho de la empresa en comunicar por escrito o no dicha extinción; (2) Rompe el principio de igualdad, pues no hay ninguna justificación para que los trabajadores así despedidos carezcan de protección social desde el momento del cese; (3) No atiende a las situaciones objetivas de necesidad, que la función constitucionalmente asignada al Sistema de Seguridad Social; (4) Y quiebra el derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, al incorporar obstáculos injustificados e injustificables para poder ejercerlo, cual es renunciar a una parte o a toda la indemnización por despido a cambio de que la empresa cumpla no ya con la Ley en punto al fondo del despido –procedencia–, cuanto con la mera forma –escrita– que debe revestir el mismo.

- d) La reducción de la cuantía de los ingresos destinados a financiar la búsqueda de nuevo empleo (indemnización, más salarios de tramitación ahora eliminados, más prestación por desempleo), por otra parte, implicará la necesidad de aceptar empleos con salarios más bajos, o en régimen de precariedad, y en todo caso una reducción objetiva del tiempo deducible a su readaptación y readecuación profesional.
- e) El RDL 5/2002 (artículo 2.Uno: modificación del artículo 33.1 LET) excluye del régimen de garantías atribuido al Fondo de Garantía Salarial [FOGASA en lo sucesivo] «la indemnización complementaria por salarios de tramitación que en su caso acuerde la jurisdicción competente», frase que literalmente queda eliminada en la nueva redacción del artículo 33.1 LET. Nueva regulación esta que, además de no guardar relación alguna, directa o indirecta, con la finalidad y objetivos del RDL 5/2002

(facilitamiento de oportunidades de empleo, mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, corrección de disfunciones derivadas de la protección por desempleo, ampliación de la protección a colectivos desprotegidos), implica una alteración de la estructura del ordenamiento que carece de toda justificación desde la perspectiva de la extraordinaria y urgente necesidad constitucionalmente reclamada a un Decreto-ley.

- f) El RDL 5/2002 (artículo 1.Dos: modificación del artículo 208 LGSS) excluye del ámbito de la protección por desempleo, durante los períodos de inactividad, a los trabajadores fijos cuyos cometidos profesionales no se extienden durante todo el año, sino a una parte del mismo que se repite 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 de que tales trabajadores no tengan predeterminada la fecha de comienzo y cese de la actividad, de modo tal que la prestación de servicios se corresponde con la llamada que efectúe la empresa en cada campaña concreta. 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 modo expreso las fechas de inicio y finalización de la actividad laboral al cabo del año, la consecuencia legal será que el trabajador carezca de protección por desempleo durante los períodos de falta de actividad. Y ello a pasar de que sea notorio que: (1) En los dos casos se trata de trabajadores fijos, vinculados de manera estable con la empresa en virtud de una relación laboral indefinida; (2) 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 mismo durante la cual no obtienen salario de la empresa, de modo que en ambos supuestos concurre, esencialmente, la misma situación de necesidad: privación de trabajo y de ingresos salariales por causas ajenas a su voluntad; (3) Y 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 las 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 deriva de que en un caso el llamamiento lo realiza la empresa en cada campaña al haber una inconcreción 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 resulta 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 de que el trabajador pasará indefectiblemente por un período de actividad laboral y, sucesivamente, por otro 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, cuándo 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 empresa y 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 mano de obra corrobora que no pueda 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 RDL 5/2002 ha impuesto.

- g) Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.Diez del RDL 5/2002, la protección por desempleo pierde su naturaleza de derecho subjetivo derivado de un régimen contributivo previo para depender, además, de la suscripción de un denominado «compromiso de actividad» conforme al cual el trabajador acepta que, transcurrido un año de percepción ininterrumpida de percepción de prestaciones, sea la decisión discrecional de los Servicios Públicos de Empleo la que determine su «colocación adecuada», ya sea o no temporal, a tiempo completo o parcial, o cotice o no por la contingencia de desempleo, con el único límite de que el salario sea equivalente al puesto de trabajo que se ofrezca o, en su caso, al mínimo interprofesional una vez descontados los gastos de desplazamiento.
- h) Igualmente sin perjuicio de lo que después de dirá en un concreto Motivo de inconstitucionalidad, el RDL 5/2002, al regular el sistema de prestaciones por desempleo para los trabajadores fijos o eventuales agrarios [artículo 4.1.2 a)], excluye del mismo, de plano y sin posibilidad de alegación en contrario, al cónyuge, ascendiente, descendiente o parientes hasta el segundo grado por consaguinidad o afinidad del titular de la explotación, a pesar de que tengan reconocida la condición de trabajadores por cuenta ajena.

- i) Igualmente, el RDL 5/2002 (artículo 3) excluye del sistema del subsidio especial agrario a los trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura que no hayan percibido subsidio en los últimos tres años anteriores a la entrada en vigor del Decreto-Ley, de modo tal que el hecho de poder o no seguir incluido en el sistema de protección del subsidio agrario depende no tanto de una situación objetiva de necesidad actual y concreta, cuando de la existencia 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 conforme al cual sólo tienen derecho al subsidio quienes se hubieran encontrado en situación de generarlo en los tres años anteriores a la entrada en vigor del RDL 5/2002 y, además, incurran de nuevo en dicha contingencia hacia el futuro. Mientras que se encuentran definitivamente privados del mismo los trabajadores que incurran en la contingencia pero no lo hubieran hecho en los tres años anteriores a la nueva norma. De esta suerte, el RDL 5/2002 otorga carácter sustancial y decisivo a una circunstancia previa a su vigencia, cual es que el trabajador hubiera generado derecho al subsidio en los tres años anteriores a su entrada en vigor, cuando en dicho momento ninguna disposición establecía que el subsidio reconocido en aquel momento constituyera un presupuesto esencial para su mantenimiento a futuro. Con la inmediata consecuencia de que todos los trabajadores que no han podido encontrar ocupación para generar derechos para un subsidio en ese período anterior, los jóvenes trabajadores incorporados recientemente al mercado de trabajo agrario, las mujeres que –incluso aunque lo hayan disfrutado con anterioridad– hayan interrumpido su vida laboral por razón del nacimiento de un hijo, o quienes dejaron transitoriamente la actividad agraria a fin de cubrir cualesquiera otros objetivos de su trayectoria profesional o personal, tales 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, quedan pues definitivamente desprotegidos por mor de un Decreto-ley dictado por razones, entre otras, de «justicia social», pero que en realidad crea dos estatutos jurídicos radicalmente opuestos hacia el futuro, pues mientras para un colectivo se mantiene el subsidio especial, el otro queda excluido irreversiblemente de dicho sistema a pesar de realizar un trabajo exactamente igual, durante el mismo tiempo y con las mismas necesidades personales y sociales.
- j) Sin perjuicio de lo que se dirá en un concreto Motivo de inconstitucionalidad, el RDL 5/2002 (artículo 3) amplía también las consecuencias punitivas de las sanciones, sin que tales existieran en la

legislación vigente al tiempo de cometerse los hechos, al privar del 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 mismo en virtud de una resolución sancionadora firme precedente.

- k) Igualmente, el citado artículo 3 del RDL 5/2002 establece que en caso de acordarse la imposición de una infracción con pérdida del derecho al subsidio por desempleo, las consecuencias de dicha sanción no serán tan solo la pérdida del mismo, sino también la imposibilidad de que en el futuro, por la realización de nuevos trabajos, pueda nuevamente generarse un nuevo derecho. Dicha previsión supone multiplicar los efectos de la sanción hasta el punto de privar de la protección del sistema del subsidio especial agrario regulado en el RD. 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 causar la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación del subsidio especial de una manera definitiva e irreversible. Desproporción manifiesta además respecto de otras modalidades de subsidio, que siguen manteniendo las consecuencias de la privación del derecho que se venía percibiendo pero no la exclusión del ámbito subjetivo del sistema, y que implica que, para el subsidio especial agrario, existe un régimen sancionador –basado en una presunción legal de fraude que se halla tan presente como silenciada en el RDL 5/2002– esencialmente diferente respecto de cualquier otra prestación del sistema de desempleo.
- l) La nueva prestación contributiva por desempleo para los trabajadores eventuales agrarios, creada en el artículo 4 del RDL 5/2002, lejos de tender a la homogeneidad con el Régimen General de la Seguridad Social, como ordena el artículo 10.4 LGSS, y además –ya se ha dicho– de violar lo dispuesto en el artículo 10.3 del mismo cuerpo legal, establece un régimen de protección que exige un mayor periodo de cotización y que no contempla un subsidio asistencial para quienes agoten las prestaciones del nivel contributivo.
- m) Supresión del derecho a la formación y readaptación profesionales de los trabajadores desempleados cuando lleven más de un año percibiendo prestaciones por desempleo, al imponerles la obligación de aceptar una colocación que no se corresponde con sus aptitudes físicas y formativas, y que no garantiza su readaptación profesional (artículo 1.Diez: nuevo artículo 209.3 LGSS).

§7. En punto a lo segundo, es decir, a los antecedentes o situación de hecho en la que se enmarca el RDL 5/2002 y, obviamente, le contextualizan, lo único que –a falta de una «definición explícita y razonada» del caso de urgente y extraordinaria necesidad– cabe apreciar es lo que sigue.

En primer lugar, inexistencia de urgencia real y cierta confirmada por los propios responsables gubernamentales en sus manifestaciones públicas, que establecen un calendario de negociación con las organizaciones sindicales basado en iniciarlo, a efectos de acordar el proyecto de ley que el Gobierno remitiría al Parlamento, «planteando la arquitectura básica de la propuesta y, en esta fase, habrá algunos criterios de la reforma que no estén disponibles por pura funcionalidad», y continuarlo con «un segundo papel» (sic) «que será de mayor concreción, pero que no tiene porqué ser los articulados concretos ni del anteproyecto de ley ni de las normas de rango inferior», de suerte tal que «lo que sí queremos es que el 1 de enero de 2003 esté en marcha la reforma» y para es preciso «que la negociación esté concluida antes del verano» (declaraciones del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales al diario *El Mundo*, 17.04.2002).

Siendo el «escenario» temporal de la reforma el día 1 de enero de 2003, como igualmente confirmaba el Secretario General de Empleo al diario ABC el día 22.04.2002, es del todo razonable pensar que la tramitación parlamentaria de la reforma, incluso por el trámite ordinario, no representa obstáculo alguno para la efectividad de la misma. Y que, por lo tanto, la necesidad de abordarla no reviste la urgencia y extraordinaria necesidad que el artículo 86.1 CE reclama a un Decreto-Ley.

Las razones o circunstancias contextuales al mismo han de indagarse, por consiguiente, en otros elementos concurrentes. A saber, la ruptura de las negociaciones con las organizaciones sindicales el día 21.05.2002 (diarios *El Mundo*, 22.05.2002; *El País*, 22.05.2002, *Expansión*, 22.05.2002) y la convocatoria de Huelga General el día 23.05.2002. Ambas seguidas, sin solución de continuidad, por la aprobación en Consejo de Ministros, al día siguiente, del RDL 5/2002. Un Consejo de Ministros que bien podría haber aprobado un proyecto de ley cuya tramitación parlamentaria no impediría, en modo alguno, la promulgación de una norma con vigencia desde 1 de enero de 2003, cual estaba previsto.

La cuestión, al punto, es pues la siguiente: ¿Reviste de urgencia y extraordinaria necesidad, en el plano de su valoración constitucional, la ruptura de las negociaciones con las organizaciones sindicales, a finales de mayo de 2002, siendo así que la reforma se pretende jurídicamente operativa en enero de 2003?

¿Tal ruptura explica o justifica que se promulgue como Decreto-ley una disposición originariamente destinada a tramitarse como proyecto de ley y aprobarse en el Parlamento? ¿Es determinante, en la decisión de gobierno adoptada el día siguiente, la convocatoria de una Huelga General? Tales preguntas, que se efectúan ahora en un marco preciso, a saber, cuáles sean el contexto y los antecedentes que rodean la norma cuya regularidad constitucional debe enjuiciar ese TC, acaso no procedería si el Gobierno hubiera cumplido con su deber constitucional de definir, explícita y razonadamente, el caso o situación de extraordinaria y urgente necesidad que le impulsan a aprobar el RDL 5/2002. Pero son del todo necesarias cuando el Gobierno ha eludido manifiestamente tal obligación, como ya se ha razonado, y cuando, con ello, permite objetivamente deducir que la única «conexión de sentido» que existe entre la realidad normada y el RDL 5/2002 es una respuesta políticamente contundente a quienes se oponen a sus deseos y, además, se movilizan –lícita y legítimamente– frente a ellos.

Tampoco pues, en razón a las circunstancias contextuales que rodean al RDL 5/2002, cabe justificar ni explicar, en el orden de su regularidad constitucional, su promulgación.

SEGUNDO.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2.TRES DEL RDL 5/2002, QUE DA NUEVA REDACCIÓN AL ARTÍCULO 56 LET, POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 CE

§8. Frente a la regulación precedente del despido declarado o reconocido como improcedente, que pivotaba alrededor del pago, en todo caso, de una indemnización –conocida como *salarios de tramitación*– equivalente a «una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia» o ejercicio de la opción de readmisión, y a la que se añadía, en el supuesto de optar la empresa por la no readmisión del despido, una indemnización adicional equivalente a «cuarenta y cinco días de salario por año de servicio», el RDL 5/2002 viene a establecer un nuevo régimen jurídico, pretendidamente completo y acabado, cuyos ejes serían los siguientes:

- a) La mera «decisión del empresario de extinguir (la relación laboral) ... se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo» (nuevo artículo 209.4 LGSS, *ex* artículo 1.Tres RDL 5/2002), iniciándose, a partir de ese momento, la percepción de la prestación por desempleo del trabajador despedido. Siempre y cuando, importa señalarlo, tenga derecho a su reconocimiento por acreditar cotización suficiente (*ex* artículo 210 LGSS) y cuente con carta

- de despido, acta de conciliación administrativa o resolución judicial (DT 2ª RDL 5/2002).
- b) La indemnización por despido en el supuesto de no readmisión del trabajador se mantiene en una cantidad equivalente a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio (nuevo artículo 56.2, párrafo segundo LET, *ex* artículo 2.Tres RDL 5/2002).
 - c) La precedente indemnización por salarios de tramitación, que se definía en los términos ya dichos («una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir...»), se sustituye ahora por la percepción –adviértase la alteración terminológica– de «los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia» en los supuestos de readmisión del trabajador despedido (nuevo artículo 57.1 LET, *ex* artículo 2.Cuatro RDL 5/2002). En su consecuencia, el RDL 5/2002 pretende alterar la naturaleza jurídica de aquella (indemnizatoria) y revestirla de una nueva consideración jurídica, cual sería la de salario en sentido estricto. Derivándose de ello, para estos supuestos de readmisión del despido, las siguientes consecuencias (nuevo artículo 209.5 LGSS, *ex* artículo 1.Tres RDL 5/2002; nuevo artículo 57 LET, *ex* artículo 2.Cuatro RDL 5/2002):
 - a') La percepción de la prestación por desempleo adquiere la naturaleza de «indebida» por causa «no imputable al trabajador», configurándose por tanto como un mero *anticipo* de salarios pendientes de percibir.
 - b') Cese inmediato de la percepción por desempleo, debiendo proceder la Entidad Gestora a reclamar las cotizaciones efectuadas por aquella a la Seguridad Social y el empresario a ingresar «las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido según lo establecido en el (nuevo) apartado 57.1» de la LET.
 - c') Alta del trabajador en la Seguridad Social con efectos de la fecha del despido o extinción inicial, cotizando la empresa por tal periodo, «que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos».
 - d) Como corolario de lo anterior, en los casos de no readmisión del trabajador despedido, «el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo» con efectos, precisa el RDL 5/2002, de la «fecha de cese efectivo en el trabajo» (nuevo artículo 56.1 LET, *ex* artículo 2.Tres RDL 5/2002). De suerte tal que habiendo adquirido la indemnización por salarios de tramitación la nueva naturaleza de percepciones salariales *estricto sensu*, la extinción del contrato retrotraída a la fecha del cese trataría de explicar su pérdida en los casos de no readmisión del despido, así como su aparente *sustitución* por una

prestación por desempleo, caso de existir, originada desde el día del cese laboral en la empresa.

§9. El modelo precedente, según ha quedado descrito, adolece empero de un vicio técnico insubsanable, del que además deriva, con carácter inmediato, su inconstitucionalidad. Cual es que, por más que el legislador lo pretenda, las cosas son lo que son y no lo que se diga o se quiera que sean. Y los denominados «salarios de tramitación», en cuanto que no retribuyen una prestación efectiva de trabajo (LET, artículos 26.1 y 26.2), carecen por su propia naturaleza de carácter salarial. No la tenían bajo la regulación precedente, a pesar de su denominación legal, ni tampoco la adquieren ahora a pesar, asimismo, de su pretendida nueva reconfiguración normativa en el RDL 5/2002. Así lo ha establecido, con toda contundencia, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, v. gr., en STS 02.10.2000, Ar. 8351, FJ 3º, Ponente Desdentado Bonete:

«La cuestión que se suscita en el presente recurso sobre si los salarios de tramitación en un despido están comprendidos dentro de las obligaciones salariales a las que se extiende la responsabilidad solidaria de la empresa principal en la contrata relativa a la propia actividad de ésta, ha sido objeto de unificación de doctrina en la sentencia de contraste, que fue dictada por el Pleno de la Sala, en criterio que han reiterado con posterioridad las sentencias de 28 de abril y 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999\4648 y RJ 1999\9718). En ellas se establece, recogiendo la doctrina de la sentencia de 13 de mayo de 1991 (RJ 1991\3907) y rectificando la de la sentencia de 7 de julio de 1994 (RJ 1994\6351), que «la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de despido y durante la instrucción del despido correspondiente». Por ello, los salarios de tramitación «nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial». Este criterio es aplicable no sólo a la relación entre principal y contratista, sino también a la relación entre el subcontratista y los anteriores»

Y así lo ha venido manteniendo también la doctrina científica, cuando señala que «nos hallamos ante una indemnización por daños y perjuicios tasada y cifrada en el importe de los salarios que debieron ser percibidos si se hubiera trabajado y no se percibieron porque injustificadamente se dejó de trabajar» (M. Alonso Olea y M^a E. Casas Baamonde, «Derecho del Trabajo», 19^a ed., Madrid 2001, pág. 466), a partir de la consideración de que «todo salario percibido sin la correspondiente prestación laboral adquiere un inevitable carácter indemnizatorio, perdiendo su originaria y propia significación retributiva» (STS 27.11.1989, Ar. 8265, FJ 2^o, Ponente Varela Aufrán).

§10. Siendo pues los «salarios de tramitación» una verdadera y auténtica indemnización derivada, única y exclusivamente, del despido improcedente en cuanto acto ilícitamente extintivo y en sí mismo considerado –cuya finalidad institucional es la de compensar la pérdida de retribuciones entre el momento del cese por despido y su declaración o reconocimiento de improcedencia–, el hecho de mantenerla para unos (trabajadores readmitidos) y eliminarla para otros (trabajadores no readmitidos), siendo así que en ambos casos nos hallamos ante un despido igualmente ilegítimo o improcedente, vulnera el principio de igualdad constitucionalmente establecido y causa una discriminación legal que carece de toda justificación y razonabilidad, que el Gobierno, por lo demás, ni se ha preocupado de explicar (SSTC 103/83, 253/88 y 46/99). Con ello elude el Gobierno, de modo inexcusable, «la carga de justificar que la diferencia establecida satisface las exigencias de necesidad y racionalidad en relación con la protección de los bienes y derechos o con la consecución de los fines que la norma pretende» (STC 114/92). Máxime –o acaso porque– ello es tanto más grave si además se repara en que única y exclusivamente corresponde al empresario infractor del ordenamiento del despido la facultad de opción y, con ella, la de colocar a cada trabajador injustamente despedido, a su puro arbitrio, en una u otra situación jurídica. Otorgándose además a la opción, que no es sino un modo de cumplir la sentencia de improcedencia, efectos que retroactivamente se despliegan para un periodo (el que discurre entre la decisión extintiva y el ejercicio de la opción) en el cual no cabe establecer diferencias de naturaleza alguna entre los trabajadores despedidos.

Podrían añadirse a lo dicho algunos otros argumentos referidos a la inidoneidad de un Decreto-Ley para alterar la estructura del ordenamiento jurídico; a la inexistencia de correlación o «conexión de sentido» algunos entre «el sistema de protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad» y la eliminación, pura y simple, de una parte de la protección legalmente establecida para tutelar a los trabajadores frente a despidos injustos; o a la opción legislativa en favor de la no readmisión de los trabajadores despedidos –abaratando tal opción en términos absolutos y relativos–, en contraposición con el derecho constitucional al trabajo.

Pero estimamos que, en el estricto plano jurídico-constitucional, al que necesariamente debemos constreñirnos en el presente Recurso, la causa de inconstitucional alegada en este Motivo queda suficientemente acreditada con lo dicho.

TERCERO.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 4.1 2) A) DEL RDL 5/2002, POR VIOLACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 14 CE Y DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS ES TABLECIDA ARTÍCULO 9.3 CE

§11. De conformidad con lo establecido con el artículo 7.2 LGSS, «no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo». Por su parte, el artículo 4.1.4º del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (BOE 19.2 y 22.3.1973), por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, excluye de «la consideración de trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social» a «el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario con consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, ocupados en su explotación agraria, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo, a no ser que se demuestre su condición de asalariados...». Finalmente, el artículo 1.3 e) LET excluye «del ámbito regulado por la presente Ley» del Estatuto de los Trabajadores a «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo», considerándose familiares, a tales efectos, «siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes con consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción».

De las disposiciones citadas se desprende que nuestro ordenamiento jurídico, aun aceptando la existencia de diferencias entre quienes, prestando en todo caso servicios por cuenta ajena en régimen de dependencia y ajenidad, mantienen o no vínculos de parentesco con el empleador –lo que resulta constitucionalmente legítimo conforme a SSTC 109/88, 79/91, 92/91, entre otras–, previene sin embargo que la exclusión por razón del parentesco (1) admite prueba en contrario acreditativa de la laboralidad de la relación existente y, además, (2) exige cuando menos los requisitos de convivencia y/o dependencia económica del empleador. Y ello es así, y sin duda debe seguir siendo así, porque como ese TC ha tenido ocasión de declarar analizando la exclusión contenida en el artículo

3.1 a) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre (BOE 15.10), por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico (STC 79/91, FJ 2, Ponente Leguina Villa):

«es claro que la interpretación y aplicación del art. 3.1 a) del Decreto 2346/1969 resultan pura y simplemente inaceptables desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución. Expulsando de la protección dispensada por la Seguridad Social al trabajador que es pariente de tercer grado del titular del hogar familiar por el solo hecho de la relación de parentesco existente entre ambos se inflige a aquél un trato distinto y más oneroso que el que prevé la legislación aplicable al sector laboral en cuestión, trato que no resulta justificado ni razonable según lo que a este propósito disponen las demás normas, ya examinadas del ordenamiento positivo. No se trata de que no quepa diferenciar entre parientes y no parientes del titular del hogar familiar a los efectos de la protección por la Seguridad Social, pues ya en la STC 109/1988 (RTC 1988\109) declaramos que tal distinción sí era posible. Lo que sucede es que si el ordenamiento jurídico permite que entre el titular del hogar familiar y un pariente de tercer grado del mismo se concierte una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no cabe que el propio ordenamiento impida radicalmente y en todo caso, la afiliación al correspondiente Régimen de la Seguridad Social y que con ello se produzca una injustificada desprotección por parte del sistema de la Seguridad Social, sin que ni siquiera se permita al interesado probar su condición de asalariado ni se exija tampoco a la Administración probar que aquél no reúne dicha condición, bastando para denegar la afiliación y el alta, o para anular la previa afiliación, la sola constancia de la existencia del vínculo familiar citado. La propia unidad del ordenamiento jurídico no permite que una norma niegue radical e incondicionadamente la condición de trabajador asalariado que otras normas posteriores de igual o superior rango reconocen, sin permitir siquiera demostrar que se reúne dicha condición. Y sería asimismo inaceptable que, dentro de la propia legislación de seguridad social una norma [el art. 3.1 a) del Decreto 2346/1969], impidiera radicalmente y en todo caso que el pariente de tercer grado del titular del hogar familiar pudiera probar su condición de

trabajador asalariado cuando la norma general del sistema de la Seguridad Social sí le permite hacerlo (art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria), convirtiendo así en una presunción *iuris et de iure* lo que en esta norma no era sino una presunción *iuris tantum*. Si la legislación laboral y de seguridad social incurrieran en tales insalvables contradicciones, y precisamente por el perjuicio que se hace soportar al así contradictoriamente tratado, bien podría afirmarse que los poderes públicos no estarían respetando la interdicción de la arbitrariedad que les impone el art. 9.3 de la Constitución, pues no cabe que el ordenamiento jurídico afirme y a la vez niegue la condición de trabajador asalariado del pariente de tercer grado del empleador, ni que le permita y a la vez le niegue la posibilidad de probar que reúne tal condición».

Resolución esta cuyo tenor es reiterado, después, por cuantos otros pronunciamientos se han venido produciendo en sede jurisdiccional constitucional:

«Estas consideraciones llevan a una conclusión: Aunque el parentesco entre titular del hogar familiar y empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación y alta al correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social (STC 109/1988), no permite justificar toda diferencia sino sólo aquella que resulta razonable a la luz del conjunto del ordenamiento (STC 79/1991). Y, como quiera que en éste genera normalmente sólo una presunción *iuris tantum* de que el pariente no es trabajador [arts. 1.3 e) E.T. (RCL 1980\607 y ApNDL 3006), 2.1 b)] R.D. 1424/1985 y 7.2 LGSS -tanto en su antigua como en su actual redacción-, en el Régimen Especial de Empleados domésticos tal circunstancia sólo podrá ser tenida en cuenta a estos efectos, so riesgo de incurrir en discriminación por una circunstancia personal contraria al art. 14 CE ... Esta conclusión, en fin, no ha de ser desvirtuada por la circunstancia de que el grado de parentesco que ahora consideramos sea diferente al que existía en el supuesto resuelto por la STC 79/1991. Es cierto que la ahora recurrente se encuentra vinculada con su empleador por un parentesco más próximo pues es pariente en primer grado de afinidad mientras entonces se trataba de

un parentesco de este tipo pero de tercer grado. Sin embargo, tanto en un caso como en otro, la legislación general aplicable -en especial el art. 7.2 LGSS en la redacción entonces vigente- permite la prueba de la condición de trabajador. Por encima, pues de esta diferencia, la situación era análoga» (STC 92/91, FF.JJ. 4 y 5, Ponente García-Mon).

«No puede ocultarse, pues, que el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social implica una diferencia de trato de situaciones aparentemente iguales. En su virtud, un trabajador por cuenta ajena -como puede llegar a serlo el cónyuge a tenor del art. 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores- recibirá un tratamiento distinto en materia de Seguridad Social que el resto de los trabajadores en razón única y exclusivamente del vínculo matrimonial. Habrá, por ello, que determinar si la diferenciación establecida por esta causa se ajusta o no a las exigencias del art. 14 CE. Ciertamente, la concurrencia de una relación familiar con otra de carácter laboral permite al legislador el establecimiento de particularidades en el régimen de esta última sin que, por esta sola circunstancia, se viole el derecho fundamental a la igualdad. Como ya se dijo en la STC 109/1988, «no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes que permitan una comparación.» Y ello, en atención a que la existencia de relaciones familiares puede evidenciar una «diferente situación real» entre los unidos, por tales vínculos y los que no lo están. Ahora bien, como señala el Ministerio Fiscal esta constatación no basta para excluir la existencia de violación del principio de igualdad. Se hace preciso además examinar la finalidad perseguida por la norma diferenciadora para comprobar si esta última es proporcionada a aquélla o, por el contrario, excede de lo razonable. Así, las SSTC 79/1991 (RTC 1991\79) y 92/1991 (RTC 1991\92) han excluido que toda diferencia de trato en materia de Seguridad Social basada en las relaciones de tipo familiar existentes entre empresario y trabajador resulte conforme a las exigencias del principio de igualdad. Por el contrario, ambas han insistido en que la relación familiar subyacente sólo permite justificar aquellas diferencias que resulten razonables a la luz del conjunto del ordenamiento. Estas consideraciones llevan a concluir que

la imposibilidad de que una persona pueda encontrarse de alta en la Seguridad Social en razón exclusivamente de la existencia de un vínculo matrimonial con el empleador para el que presta sus servicios resulta contraria al art. 14 CE. Como ocurría en los supuestos resueltos en las SSTC 79/1991 y 92/1991, ello no resulta coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico toda vez que, lo mismo que entonces acontecía, la aplicación literal del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social conduce a una absoluta desprotección por parte de la Seguridad Social de quien, sin embargo, puede concluir, al amparo de la legislación laboral, un contrato de trabajo. El resultado es además, manifiestamente desproporcionado respecto a la finalidad perseguida por la norma. Si ésta se fundamenta en la diferente situación real que puede existir en la prestación de trabajos familiares, lo cierto es que el resultado que produce va más allá de tal fundamento pues no se limita a endurecer los requisitos de inclusión en el sistema sino que pasa directamente a ignorar la posible existencia real de la relación de prestación de servicios, impidiéndose de modo absoluto el acceso a la Seguridad Social. En este último sentido, conviene tener en cuenta que la codemandante, a pesar de que efectivamente presta servicios no puede acceder por ministerio del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, al Régimen General ni, en aplicación del art. 3 b) del Decreto 2530/1970, al Especial de Autónomos -al quedar acreditada la condición de laborales de aquellos servicios-. De otra parte, si como señala el INSS, la finalidad del precepto es evitar el «alta indiferenciada» al objeto de impedir «situaciones fraudulentas» de «compra de pensiones», es claro que el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social introduce una medida que la excede ampliamente. Tal finalidad puede justificar la exigencia de determinada actividad probatoria por parte del interesado en la inclusión -en línea con lo exigido en el art. 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores y en la actual redacción del art. 7.2 de la repetida Ley- pero nunca la radical y absoluta expulsión del sistema de quien resulta ser un trabajador subordinado» (STC 2/92, FJ 4, Ponente Rodríguez Bereijo).

«Sobre el tema, este Tribunal ya se ha pronunciado en las SSTC 79/1991 (RTC 1991\79) y 92/1991 (RTC 1991\92) y

basta, por tanto, evocar la doctrina sentada en aquélla y que ésta reitera. La compatibilidad del art. 3.1 a) del Decreto 2346/1969 con el art. 14 CE impone una interpretación sistemática e integradora del precepto en el contexto normativo en el que ha de aplicarse, en concreto, el régimen jurídico del parentesco según el ordenamiento laboral y las propias normas generales del sistema de la Seguridad Social, porque «.. expulsando de la protección dispensada por la Seguridad Social al trabajador que es pariente de tercer grado del titular del hogar familiar por el solo hecho de la relación de parentesco existente entre ambos, se inflige a aquél un trato distinto y más oneroso que el que prevé la legislación aplicable al sector laboral en cuestión, trato que no resulta justificado ni razonable según lo que a este propósito disponen las demás normas (...)». «Si el ordenamiento jurídico permite que entre el titular del hogar familiar y un pariente de tercer grado del mismo se concierte una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no cabe que el propio ordenamiento impida radicalmente y, en todo caso, la afiliación al correspondiente Régimen de la Seguridad Social y que con ello se produzca una injustificada desprotección por parte del sistema de la Seguridad Social, sin que ni siquiera se permita al interesado probar su condición de asalariado ni se exija tampoco a la Administración probar que aquél no reúne dicha condición, bastando para denegar la afiliación y el alta, o para anular la previa afiliación, la sola constancia de la existencia del vínculo familiar citado. La propia unidad del ordenamiento jurídico no permite que una norma niegue radical e incondicionadamente la condición de trabajador asalariado que otras normas posteriores de igual o superior rango reconocen, sin permitir siquiera demostrar que se reúne dicha condición. Y sería asimismo inaceptable que, dentro de la propia legislación de seguridad social una norma [el art. 3.1 a) del Decreto 2.346/1969] impidiera radicalmente y, en todo caso, que el pariente de tercer grado del titular del hogar familiar pudiera probar su condición de trabajador asalariado, cuando la norma general del sistema de la Seguridad Social sí le permite hacerlo (art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria), convirtiendo así en una presunción *iuris et iure* lo que en esta norma no era sino una presunción *iuris*

tantum. Si la legislación laboral y de seguridad social incurrieran en tales insalvables contradicciones, y precisamente por el perjuicio que se hace soportar al así contradictoriamente tratado, bien podría afirmarse que los poderes públicos no estarían respetando la interdicción de la arbitrariedad que les impone el art. 9.3 de la Constitución, pues no cabe que el ordenamiento jurídico afirme y a la vez niegue la condición de trabajador asalariado del pariente de tercer grado del empleador, ni que le permita y a la vez le niegue la posibilidad de probar que reúne tal condición (STC 79/1991, fundamento jurídico 4.º)» (STC 59/92, FJ 4, Ponente Gabaldón López).

«Así delimitados los términos de la controversia, sobre la primera de las quejas ya existe una consolidada doctrina de este Tribunal [SSTC 79/1991, 92/1991, 2/1992 (RTC 1992\2) y 59/1992] que conviene evocar brevemente. El vínculo de parentesco entre el titular del hogar familiar y el empleado doméstico únicamente permite justificar aquellas diferencias de tratamiento que resulten razonables a la luz del conjunto del ordenamiento y, por tanto, la compatibilidad del art. 3.1, a) del Decreto 2346/1969 con el art. 14 CE impone una interpretación sistemática e integradora del precepto en el contexto normativo en que ha de aplicarse. Esto es, el régimen jurídico del parentesco establecido en el Derecho laboral y en las propias normas generales del sistema de la Seguridad Social. Por consiguiente, como en esta regulación genera normalmente sólo una presunción *iuris tantum* de que el pariente no es trabajador [arts. 1.3, e) del Estatuto de los Trabajadores, 2.1, b) del Real Decreto 1424/1985 y 7.2 de la LGSS, tanto en su antigua como en su actual redacción], en el Régimen Especial del Servicio Doméstico tal circunstancia «sólo podrá ser tenida en cuenta a estos efectos, so pena de incurrir en discriminación por una circunstancia personal, contraria al art. 14 CE» (SSTC 92/1991 y 59/1992). Pues si el ordenamiento jurídico permite que entre el titular del hogar familiar y un pariente del mismo en primer grado de afinidad se concierte una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no cabe que el propio ordenamiento impida radicalmente y, en todo caso, la inclusión en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, sin ni siquiera permitir al interesado probar su

condición de asalariado, ni exigir tampoco a la Administración acreditar que aquél no reúne dicha condición para privarle de la protección dispensada por la Seguridad Social». (STC 49/94, FJ 2, Ponente González Campos).

§12. Pese a ello, el RDL 5/2002, al instituir la prestación por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, establece, en su artículo 4.1 2) a), lo que sigue: «El cónyuge, descendiente o ascendiente o pariente, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive o, en su caso, por adopción del titular de la explotación agraria en que trabaje no se considerará en situación legal de desempleo, por el cese en dicho trabajo. En estos supuestos, no se cotizará por la contingencia de desempleo, ni se tendrá derecho a las prestaciones por desempleo por los periodos de actividad correspondientes».

El RDL 5/2002, sin alterar lo dispuesto en el artículo 1.3 e) LET, que admite prueba acreditativa de la existencia de relación laboral en estos supuestos; ni cuestionar lo establecido en el artículo 7.2 LGSS, que únicamente establece una presunción *iuris tantum* de no laboralidad; ni, en fin, excluirlos tampoco del campo de aplicación del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, cuyo artículo 4.1.4º asimismo incorpora la misma presunción que admite prueba en contrario, viene sin embargo a establecer una exclusión absoluta, de plano y *iuris et de iure*, y exclusivamente basada en la existencia de parentesco. Exclusión que, además, ni siquiera toma en consideración la existencia de convivencia y/o dependencia económica del trabajador respecto del titular de la explotación agraria (presupuestos sustantivos de dependencia y ajenidad), como sí hacen, por el contrario, los preceptos legales mencionados.

Por ello, es inconstitucional el artículo 4.1 2) a) del RDL 5/2002, resultándole de plena aplicación la reiterada doctrina constitucional antes citada, por cuanto que excluye en términos absolutos del ámbito de aplicación de la nueva prestación contributiva por desempleo para los eventuales agrarios, y tan solo por razón de parentesco, a los familiares por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del titular de la explotación agraria. Habida cuenta que, como se ha reiterado por ese TC, resulta pura y simplemente inaceptable, desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución, expulsar de la protección dispensada por la Seguridad Social al trabajador que es pariente del titular agrario por el solo hecho de la relación de parentesco existente entre ambos, infligiendo así, a aquél, un trato distinto y más oneroso que el que prevé la legislación aplicable al sector laboral en cuestión, trato que no resulta justificado ni razonable según lo que a este propósito disponen las demás normas, ya examinadas del

ordenamiento positivo. Y que sería asimismo inaceptable que, dentro de la propia legislación de Seguridad Social, una norma impida radicalmente y en todo caso que el pariente pueda probar su condición de trabajador asalariado cuando la norma general del sistema de la Seguridad Social sí le permite hacerlo, convirtiendo en una presunción *iuris et de iure* lo que no es sino una presunción *iuris tantum*. De suerte tal que si la legislación laboral y de seguridad social incurrieran en tales insalvables contradicciones, y precisamente por el perjuicio que se hace soportar al así contradictoriamente tratado, bien podría afirmarse que los poderes públicos no están respetando la interdicción de la arbitrariedad que les impone el art. 9.3 de la Constitución, pues no cabe que el ordenamiento jurídico afirme y a la vez niegue la condición de trabajador asalariado del pariente del empleador, ni que le permita y a la vez le niegue la posibilidad de probar que reúne tal condición.

CUARTO.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ÚLTIMO INCISO DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 3 DEL RDL 5/2002, POR VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 9.3 Y 25.1 CE

§13. El artículo 3 del RDL 5/2002 dispone lo que sigue: «Solo podrán ser beneficiarios del subsidio por desempleo, establecido por el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, a favor de los trabajadores eventuales agrarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, aquellos desempleados que reuniendo los requisitos exigidos en el citado Real Decreto hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del mismo, salvo que el último derecho al subsidio percibido dentro del periodo antes citado se hubiera extinguido por resolución sancionatoria firme». Ello implica, por consiguiente:

- a) Que únicamente podrán mantener el subsidio quienes, además de reunir los requisitos reglamentariamente exigidos en cada momento, hayan disfrutado, en el pasado, la percepción del mismo («desempleados que reuniendo los requisitos exigidos en el citado Real Decreto hayan sido beneficiarios de dicho subsidio en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud»). Con ello, como ya se dijo en el presente Recurso [*supra*, §6, apartado *i*)], el RDL 5/2002 otorga carácter sustancial y decisivo a una circunstancia previa a su vigencia, cual es que el trabajador hubiera generado derecho al subsidio en los tres años anteriores a su entrada en vigor, siendo así que en dicho momento ninguna disposición establecía que el subsidio reconocido en aquel momento constituyera un presupuesto esencial para su mantenimiento futuro. Y excluye definitivamente del mismo, en su consecuencia, a los

jóvenes trabajadores incorporados recientemente al mercado de trabajo agrario, a las mujeres que –incluso aunque lo hayan disfrutado con anterioridad– hayan interrumpido su vida laboral por razón del nacimiento de un hijo a atender los cuidados de su familia, o a quienes dejaron transitoriamente la actividad agraria a fin de cubrir cualesquiera otros objetivos de su trayectoria profesional o personal, tales como adquirir formación más cualificada, 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.

- b) Que no podrán acceder al subsidio, en el futuro y con carácter igualmente definitivo e irreversible, quienes hayan sido objeto de sanción en los tres años inmediatamente anteriores al de la solicitud.

La primera de las antedichas consecuencias bien pone de relieve cuál es, para el Gobierno, la concepción de la «justicia social» que le mueve a promulgar el RDL 5/2002. Pero evidentemente se trata de una opción de política legislativa que, por más que resulte poco respetuosa con el mandato contenido en el artículo 53.3 CE, no cabe invocar a efectos del presente Recurso de inconstitucionalidad. Quede patente pues, únicamente, el rechazo de los recurrentes frente a una disposición que, al punto, no tiene otra finalidad, dígame lo que se quiera, que reducir abiertamente el ámbito de la protección hasta ahora dispensada formando «parte de un sistema integrado de protección, junto con medidas de fomento del empleo y de formación ocupacional rural, cuyo funcionamiento ha posibilitado avances importantes, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo ... y ha permitido hacer frente a los graves problemas económicos y sociales que padecen las personas que dependen de la actividad agrícola eventual en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura...» (Real Decreto 5/1997, citado, EdeM, párrafo segundo).

§14. La segunda de tales consecuencias (imposibilidad de reconocimiento del subsidio a quienes «el último derecho al subsidio percibido dentro del periodo antes citado se hubiera extinguido por resolución sancionatoria firme») tiene, por el contrario, otro sentido en el plano jurídico-constitucional, por cuanto que, así formulado en el RDL 5/2002, el hecho de que no pueda acceder ya al subsidio quien haya sido objeto de sanción administrativa en los tres años anteriores supone:

- a) La retroacción de los efectos punitivos del RDL 5/2002, por cuanto toma en consideración, a efectos del reconocimiento del subsidio a partir de su vigencia, faltas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor. Se viola

con ello el artículo 9.3 CE, en cuanto impone «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», así como el artículo 25.1 CE, en cuanto exige «que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987), de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora» (STC 196/91, FJ 3, Ponente De la Vega Benayas).

- b) La adición de consecuencias sancionatorias, antes inexistentes y, por consiguiente, con efectos igualmente retroactivos, a sanciones impuestas bajo un régimen jurídico que no las contemplaba. Se viola con ello, de nuevo, el derecho a la irretroactividad de las normas desfavorables o restrictivas, así como, también, el derecho a la «seguridad jurídica» constitucionalmente garantizado por el mencionado artículo 9.3 CE, en cuanto el RDL 5/2002 abroga frontalmente el principio «*nullum crime sine lege*». Así lo ha entendido ese TC en sus SSTC 8/81 (FJ 3, Ponente Tomás y Valiente) y 21/93 (FJ 5, Ponente López Guerra), cuando ha señalado –se cita la última sentencia– que «el fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nullum crime, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho».
- c) La extensión de los efectos punitivos de una sanción concreta, derivada asimismo de un hecho concreto, a situaciones de necesidad nacidas con posterioridad, implica también una abierta violación del derecho a la «seguridad jurídica» *ex* artículo 9.3 CE, por cuanto abroga el principio *non bis in idem*.
- d) Se viola también el principio de proporcionalidad entre faltas y sanciones, y con ello igualmente el artículo 9.3 CE, en cuanto las consecuencias de una falta impiden, en términos absolutos e irreversibles, el acceso futuro al derecho.
- e) Finalmente, la inexistencia de prescripción o, más exactamente, la imprescriptibilidad de la falta cometida, viola igualmente el artículo 9.3 CE.

Por todo ello debe declararse la inconstitucionalidad del último inciso del párrafo primero del artículo 3 del RDL 5/2002, cuyo texto es el que sigue: «salvo que el último derecho al subsidio percibido dentro del periodo antes citado se hubiera extinguido por resolución sancionatoria firme».

En su virtud,

SUPLICO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que, habiendo por presentado este escrito con sus copias y documentos que lo acompañan, se sirva admitirlo y tener por formalizado, en tiempo y forma, RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD frente al REAL DECRETO-LEY 5/2002, DE 24 DE MAYO, B.O.E. 25, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y MEJORA DE LA OCUPABILIDAD, dictándose en su día Sentencia por la que, estimando los Motivos alegados, se declare la inconstitucionalidad del mencionado Real Decreto Ley 5/2002 por no concurrir el presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE. Subsidiariamente, para el supuesto de no acogerse la pretensión anterior, se declare la inconstitucionalidad del artículo 2.Tres; del artículo 4.1 2) a); y del último inciso del párrafo primero del artículo 3; todos ellos del mencionado Real Decreto-Ley 5/2002.

Justicia que se pide en Madrid, a Veintiuno de Agosto de Dos mil Dos.

Ltdo. Gabriel García Becedas

Col. ICAM 14.779

Ltdo. Carlos Bravo Fernández

Col. ICAM 60.618