

**Juzgado de lo Social número 30  
Princesa 3-8º  
MADRID.**

**Dem. 88-89-90-161/2012 acum.**

**Parte demandante: M..., M... y C...**

**Parte demandada: E..., S.L.**

**Despido**

## **A U T O**

En Madrid, a 16 de abril de 2012.

### **I.- ANTECEDENTES.**

Primero.- Interponen demanda en los presentes autos por despido disciplinario interesando su declaración de improcedencia, con opción empresarial entre la readmisión y la indemnización, y en todo caso abono de los salarios dejados de percibir, los demandantes **M..., M... y C...**, alegando haber sido despedidos por la empresa demandada **E..., S.L.**, por causas disciplinarias; los dos primeros, cuya relación laboral estaba formalizada mediante nómina y alta en seguridad social, mediante cartas de despido de 26-12-2011, subsanadas por nuevas cartas de 10-1-2012, que les imputan abandono del trabajo, seguidas de nueva demanda a continuación, y el segundo aduciendo haber sido despedido igualmente por los mismos motivos, aunque de modo verbal, al no tener previamente reconocida una relación laboral formalizada como los anteriores, todas cuyas demandas han sido acumuladas en los presentes autos.

Segundo.- Celebrado el acto de juicio con fecha 29-02-2012, con fecha 7-3-2012 se dicta Providencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), por la que se acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta, respecto de los artículos 18.8 y 23.1 y 2 del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-2-2012), que modifican el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y los arts. 110.1 y 111 b) de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social así como, en su caso, de aquellos otros de la misma disposición con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia a cuyos efectos se ponen de manifiesto los siguientes aspectos de posible duda de constitucionalidad necesarios para la resolución del litigio sin perjuicio de los extremos que puedan suscitarse en el trámite ahora iniciado:

- a) Falta de los presupuestos habilitantes de fundamento, concordancia y motivación para la modificación completa por vía de Decreto Ley de la regulación del despido incluido el disciplinario (art. 86-1 CE);

- b) Posible vulneración de la igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la diferencia de trato entre trabajadores con derecho a prestaciones por desempleo y los que carecen de él en caso de improcedencia y opción por la indemnización por el empresario;
- c) Id. en cuanto a la diferencia de trato entre trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia ante el empresario/cliente en lo relativo al resarcimiento del lucro cesante en caso de declararse ilícita la ruptura contractual de unos y de otros;
- d) Id. respecto de la diferencia de trato entre empresarios cuya actuación haya sido declarada improcedente y los que no cuentan con la opción ahora reconocida;
- e) Asistencia y prestaciones sociales especialmente en desempleo (art. 41 CE) en relación con el efecto incentivador del desempleo unido a la supresión de los salarios de trámite a opción del empresario y con la reducción de la extensión de la prestación debida a voluntad del empresario
- f) Posible vulneración del art. 24.1 CE en cuanto a la efectividad de la tutela judicial en la protección del trabajador frente al despido injustificado por la transferencia al obligado incumplidor de la opción entre un sistema completo de resarcimiento y otro parcial y en la restricción del acceso a los tribunales por la inexistencia de compensación completa de los daños y perjuicios ocasionados por la duración del proceso judicial;
- g) Vulneración del derecho al trabajo (art. 35 CE) al someterse a un régimen disuasorio y más oneroso la reanudación de la relación y la recuperación del empleo que la indemnización sustitutiva y el desempleo generado;
- h) Posible lesión de la plenitud e integridad de la potestad jurisdiccional (art. 117.1 y 3 LOPJ) en la restricción del resarcimiento judicial integro de daños y perjuicios

SEGUNDO.- Como resultado de l referido trámite se han presentado las siguientes alegaciones:

El Ministerio Fiscal en informe que tuvo entrada con fecha 29 de marzo pasado estima que no procede el planteamiento de la cuestión dado que por la fecha del despido no es aplicable la norma controvertida. La empresa presenta escrito diciendo que no presenta alegación alguna sobre la pertinencia de la cuestión, mientras que ha transcurrido el plazo legal sin que la parte actora presentase alegaciones.

## **II.- FUNDAMENTOS DE ORDEN PROCESAL**

**PRIMERO. PRESUPUESTOS PROCESALES DE TRAMITACIÓN .-** Dispone el art. 35.1 L OTC que cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. En el número 2 del mismo artículo se establece que el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la

cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dichos presupuestos se cumplen en la presente ocasión.

**SEGUNDO. JUICIO DE RELEVANCIA.-** Constituye objeto de la presente cuestión la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley del Real Decreto Ley 3/2012 que modifica distintas normas legales del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de la Jurisdicción Social, de cuya validez depende directamente el fallo, puesto que en función de la constitucionalidad de esas normas, el contenido del pronunciamiento a dictar varía absolutamente.

A) En primer lugar, si se estiman las demandas, como disponía la legislación hoy derogada, en caso de estimación de las mismas, y según se pide en ellas, procedería conceder al empresario la opción entre readmisión e indemnización con abono de los salarios de tramitación, en compensación de los dejados de percibir desde el despido hasta notificación de sentencia. En cambio, según el Real Decreto Ley cuestionado, la condena aplicable es, igualmente a opción de la empresa, readmitir al trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir en tre tanto, o indemnizarle en la cuantía que señale como indemnización principal, pero sin abono de salarios dejados de percibir, ni responsabilidad empresarial alguna sobre tal período.

B) En segundo lugar, aunque el trabajador por el solo hecho del despido pudiera tener derecho a prestaciones por desempleo, que sería el caso de dos de los demandantes, no solamente no es homogénea la protección que recibe el trabajador en sustitución de los salarios perdidos, cuya compensación por el empresario se deja a su arbitrio, sino que las prestaciones de desempleo son manifiestamente inferiores a los salarios dejados de percibir, al estar en función de porcentajes sobre la base reguladora previa, y no compensan en su integridad el salario perdido, sino que minoran además irremisiblemente el derecho prestacional final de los trabajadores según sus períodos de cotización previos, que ha ido consumiendo durante dicho período y ya no recuperará de los salarios de tramitación, sino que serán los trabajadores demandantes los que asuman con cargo a su prestación de desempleo el período de espera requerido por el proceso. Con ello se convalida además la práctica empresarial, pese a haber sido declarada irregular, a opción de l empresario, parte contractual incumplidora y constituido por la Ley desde el pronunciamiento judicial de improcedencia en autor de un acto ilícito, y percibiendo así una subvención pública, si opta por la indemnización, a cargo del organismo público gestor, al eximirse de todo el coste del tiempo judicial de espera y del salario perdido por el trabajador, salarios perdidos cuyo importe, si opta por no readmitir, sino por indemnizar. Se remite con ello también definitivamente al desempleo al trabajador, cuyo importe se ahorra lisa y llanamente el empresario, y no tiene que devolver al organismo gestor del desempleo el importe de las prestaciones abonadas a los demandantes, ni se incrementa el tiempo de cotización de estos en consecuencia a efectos de desempleo en la prestación de desempleo derivada de la negativa final a readmitir, con lo que se produce otro efecto directamente restrictivo de sus derechos para los trabajadores hoy demandantes. Ello constituye no solo un evidente estímulo contrario a la recuperación del empleo y favorable a la generación de desempleo, contrario por tanto a la finalidad constitucional de la prestación, sino que se ven minorados esencialmente los derechos constitucionales de los trabajadores demandantes a la protección ante el desempleo. Con todo ello varía así de modo sustancial el régimen de protección judicial frente al despido y en concreto el pronunciamiento a dictar en este

caso así como los derechos para los trabajadores despedidos a reconocer finalmente en sentencia, en función de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

C) En tercer lugar, el propio acceso a la prestación misma durante la tramitación del proceso no es igual para todos los trabajadores, sino que con la legislación cuestionada está en función directa de los períodos que hubiera cotizado previamente, no percibiendo importe alguno el trabajador si no ha cotizado el período mínimo requerido. Además la generación de tales prestaciones acto seguido del despido está directamente condicionada en el caso del trabajador demandante en estos autos a que la relación laboral hubiera estado debidamente formalizada y a que el trabajador estuviera en situación de alta y cotización, así como a que el despido le hubiera sido debidamente comunicado por escrito. En otro caso, como ocurre respecto de uno de los demandantes, que no tenía formalizada su relación laboral, no tiene derecho a tales prestaciones durante el proceso, sino que según la normativa cuestionada ha de esperar a que se declare judicialmente, y adquiera firmeza el pronunciamiento, sobre la existencia de relación laboral y sobre el hecho del despido, y han de seguirse además actuaciones administrativas y en su caso jurisdiccionales para establecer tanto el derecho del trabajador a tales prestaciones, como las responsabilidades administrativas por falta de alta y cotización.

D) En cuarto lugar, en contra de lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, en cuanto a la aplicabilidad por razones temporales de la norma legal cuestionada, es materia de legalidad ordinaria, atribuida a los órganos jurisdiccionales en el juicio de aplicabilidad de las normas, según consolidada jurisprudencia constitucional, y de ella no cabe concluir sin más la falta de relevancia constitucional de la cuestión. Antes al contrario, la norma cuestionada, por su parte, dispone la entrada en vigor sin condicionante alguno y de hecho no contiene norma alguna excluyendo expresamente de su ámbito de aplicación los actos extintivos o despidos anteriores a su vigencia. De ahí que tales aspectos inter-temporales sean hoy directamente controvertidos en los tribunales laborales, habiendo mediado al respecto pronunciamientos de diverso signo en distintos Tribunales Superiores y Juzgados (así, STSJ P-Vasco 21-2-2012 niega la retroactividad, la STSJ C-Leon- Burgos de 15-3-2012 la afirma), por lo que no puede excluirse a priori la relevancia de la norma cuestionada sobre el supuesto de hecho por tales razones de derecho transitorio.

### III- PRECEPTOS LEGALES CUESTIONADOS

Los artículos 18.8 y 23 1 y 2 del Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-2-2012), que modifican el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y los arts. 110.1 y 111 b) de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social disponen lo siguiente:

Artículo 18.8. El apartado 2 del artículo 56 de l Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado del siguiente modo:

«2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase

la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.»

Artículo 23.1 El apartado 1 del artículo 110 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, queda redactado del siguiente modo:

«1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley...»

Ambos preceptos se combinan de modo que en caso de declaración de improcedencia del despido, aunque no sea objetivo o por causas económicas, sino también en toda clase de despidos incluidos los disciplinarios, como los que son objeto del presente proceso, el empresario tiene la opción no solamente entre readmisión o indemnización, sino entre readmitir, en cuyo caso ha de abonar salarios de tramitación o abonar la indemnización, en cuyo caso no tiene derecho a los salarios de tramitación sino solamente a prestaciones por desempleo, si tuviera derecho a ellas y en la cuantía y duración en que estas le correspondieran, sin que el empresario se haga cargo de esas prestaciones. Es la transferencia al empresario de la opción de abonar o no salarios de tramitación y los términos de tal atribución lo que constituyen el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad que se dirige contra los preceptos antes transcritos.

#### **IV.- FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

##### **PRIMERO.- Vulneración del art. 86.1 de la Constitución Española en cuanto a la motivación y fundamentación de la regulación por medio de Decreto Ley del régimen jurídico sustantivo y procesal del despido disciplinario.**

De acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 31/2011, de 17 de marzo de 2011, 68/2007, de 28 de marzo), tras reconocer el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse "al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado", "la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante" conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no 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". Por ello es función propia del Tribunal Constitucional "el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes se mueven dentro del marco trazado por la Constitución", de forma que "el Tribunal Constitucional podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada" y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3)". Del mismo modo, se ha insistido (STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5) en que el control jurídico de este requisito no debe

suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-leyes, sino que ha de apoyarse en una valoración de conjunto de las circunstancias que rodean al caso. Así el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal implica que la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad que en el caso concorra, sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (en tal sentido, STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3).

Así pues, dos son los aspectos que conforme a las propias resoluciones citadas han de ser tenidas en cuenta en la determinación de la concurrencia de la "extraordinaria y urgente necesidad" exigida por el art. 86.1 CE a efectos de determinar la validez constitucional de la regulación cuestionada. En primer lugar, los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada tanto en el preámbulo del Real Decreto Ley, en el debate parlamentario de convalidación y del expediente de elaboración incluso (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4) y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3; 137/2003, de 3 de julio, FJ 4; y 189/2005, de 7 de julio, FJ 4).

En esta ocasión, pese a que la reforma se extiende a toda clase de despidos y no solamente los objetivos o los de carácter económico, las referencias contenidas en el preámbulo del Real Decreto Ley son esencialmente las siguientes "...las medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo se refieren también a las indemnizaciones y otros costes asociados a los despidos. Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos. La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación... Por ello, el presente real decreto-ley generaliza para todos los despidos improcedentes la indemnización de 33 días con un tope de 24 mensualidades que se ha venido previendo para los despidos objetivos improcedentes de trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida. Con esta generalización se suprime esta modalidad contractual, que se había desnaturalizado enormemente tras la última ampliación de los colectivos con los que se podía celebrar dicho contrato. Los cambios normativos hasta ahora reseñados en cuanto a la extinción del contrato de trabajo permiten dejar atrás otras reglas y previsiones cuya finalidad no era otra que, de un modo indirecto y un tanto irrazonable, mitigar las rigideces que han venido caracterizando al régimen jurídico del despido.

... Junto a la supresión del «despido expreso» se introducen otras modificaciones en las normas que aluden a los salarios de tramitación, manteniendo la obligación de empresarial de abonarlos únicamente en los supuestos de readmisión del trabajador, bien por así haber optado el empresario ante un despido declarado improcedente, bien como consecuencia de la calificación de nulidad del mismo. En caso de los despidos improcedentes en los que el empresario opte por la indemnización, el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no

parece un criterio adecuado para contemplar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, pudiendo, además, el trabajador acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva. Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.”

El preámbulo contiene ante todo un salto lógico esencial en su razonamiento (“non sequitur”), cuando después de enumerar circunstancias económicas y medidas de igual naturaleza, incluidos posibles razonamientos sobre los precedentes y la situación contemplada en procesos laborales sobre extinción por causas económicas, que podrían ser aplicables a la declaración de improcedencia del despido o extinción por causas objetivas, especialmente de índole económica, salta sin más a generalizar una drástica del régimen del despido disciplinario, cuestión que además de su directa proyección procesal –muy poco tiempo después de la entrada en vigor de una legislación procesal social aprobada con pleno consenso, incluidos los preceptos ahora modificados por vía de urgencia-, no guarda inmediata relación con los parámetros explicitados en el preámbulo previamente, ni con la finalidad esencialmente económica de las urgentes medidas de igual naturaleza que se preconizan, sino que afectan a la protección esencial del trabajador frente al despido, que es condición necesaria, aunque evidentemente no suficiente, para el disfrute de otros derechos incluidos los de orden fundamental, para devaluar notablemente todo el cuadro de protección jurisdiccional frente al despido cuya motivación sea distinta de las razones económicas. Esa alteración radical del régimen de protección frente al despido y no solo frente a la tutela jurisdiccional ante la extinción objetiva y el despido económico, no ha podido sin más ser sustraída de su necesaria fundamentación expresa, así como ha de justificarse el agotamiento del previo nivel de negociación colectiva hasta el punto de romper el necesario consenso en materias sociales (STC 68-2007), alterando el propio consenso esencial de la elaboración del Estatuto de los Trabajadores dispuesto por la Constitución. Es así como despidos netamente disciplinarios y no económicos como los ahora impugnados en estos autos pueden quedar sometidos a una motivación y a unos fundamentos de urgencia y necesidad que se refieren exclusivamente a circunstancias económicas. Análoga cuestión quedó imprejuizada en la STC 68/2007 pero por pérdida sobrevenida del objeto del recurso entonces planteado debido a la derogación por Ley 45/2002 del RD Ley 5/2002 entonces impugnado, dejando sin objeto al propio tiempo las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas entonces por distintos órganos jurisdiccionales, y subsisten, dada la motivación aducida, dichos reparos. Ni siquiera tras el trámite parlamentario de convalidación del Real Decreto Ley aparecen justificados estos extremos, sea en la necesaria motivación expresa, sea en la necesidad y proporcionalidad de esta medida, que deja desprotegidos a los trabajadores ante el despido disciplinario o por causas no económicas que efectúe el empresario, aunque efectivamente se superen las necesidades de tipo económico coyuntural, cuya gravedad por otra parte no es necesario resaltar. Así es como se cuestionó entonces, y parecen subsistentes ahora tales argumentos de impugnación, recopilados en los antecedentes de la STC 68/2007, entre otros, que “la supresión de los denominados “salarios de tramitación” en los casos en los que el empresario opte por no readmitir al trabajador despedido con improcedencia o nulidad (artículo segundo) implica una reducción del nivel de protección social del despedido, con carácter general, convirtiéndose dicha protección en inexistente en el caso de trabajadores que no tienen períodos cotizados

para acceder a las prestaciones por desempleo... Con dicha regulación se estimula, además, la opción de la empresa por la no readmisión pues, de efectuarse ésta, el empresario resultaría responsable de la devolución al INEM” (hoy Servicio de Empleo-SPEE) “...de la prestación percibida por el trabajador posteriormente readmitido... Vinculada a la referida modificación se pone también de relieve que la misma, al afectar a todo tipo de despidos, incluidos los verbales, resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica, al hacer depender el derecho a percibir una prestación del capricho empresarial de comunicar por escrito o no dicha extinción; rompe, igualmente, con el principio de igualdad, al no existir justificación alguna para que los trabajadores así despedidos carezcan de protección social desde el momento del cese; no atiende a las situaciones objetivas de necesidad; y, en fin, quiebra el derecho del trabajador a la tutela judicial efectiva, al incorporar obstáculos injustificados e injustificables para poder ejercerlo”.

En los precedentes normativos que se mencionan en el preámbulo de la norma cuestionada –con referencia a la posibilidad de que en ciertos contratos temporales se vea modalizada la indemnización en caso de improcedencia de la extinción por causas objetivas (DA primera num. 4 Ley 12/2001)- puede existir la necesaria conexión con las materias y circunstancias determinantes de la urgencia reguladora en cuanto a los despidos objetivos y de naturaleza económica. Pero de esos precedentes no se sigue la proyección incondicionada de las medidas del Decreto Ley y en concreto las que se cuestionan en esta ocasión, a toda clase de despidos, sean estos sin causa, o con causa contractual no concurrente o ilícita, o de contenido explícitamente disciplinario como en el caso presente, y no por causas objetivas, que son los únicos precedentes tomados como referencia para el razonamiento, aduciendo que esos contratos se han generalizado. La minoración indemnizatoria de 45 a 33 días no se aplicaba en caso de despido disciplinario improcedente.

Desde ese punto de vista, además, la referencia a la supresión del despido reconocido improcedente, a través de una inadecuada, tan inexacta como vulgar, a la denominación de despido expreso” que se pretende justifique dichas alteraciones olvida que el despido sigue siendo un acto de autotutela ejecutiva, por decisión inmediata del empresario, facultad que no tiene el obligado en otras relaciones contractuales recíprocas de tracto sucesivo en nuestro ordenamiento y en concreto en la regulación general del arrendamiento de servicios y que rompe la regla general que desde Las Partidas rompe el principio general de que nadie puede realizar arbitrariamente el propio derecho y que ha de tener las necesarias cargas y obligaciones que compensen esa facultad, como es ante todo la posibilidad de una reacción eficaz del trabajador ante ese ejercicio de autotutela que le priva desde ese momento de salarios y del propio trabajo como derecho constitucional. En particular, el reconocimiento de improcedencia que excluye los salarios de tramitación está someterido en la legislación precedente ahora derogada a rigurosos requisitos de puesta a disposición y pago, o en su caso consignación judicial, del despido. En realidad lo que es inmediato o si se quiere “expreso”, en el régimen legal precedente, es la indemnización, como requisito constitutivo, que ha de ser necesariamente pagada o consignada en el momento del reconocimiento o inmediatamente después en plazo perentorio y siempre como condición para enervar el devengo de la indemnización complementaria. El despido que configura la nueva norma va a seguir siendo inmediato y ejecutivo por decisión exclusiva del empresario, sin necesidad de justificación especial y mucho menos de abonar importe alguno, mientras que la percepción de la indemnización podrá estar demorada a conveniencia del

empresario, durante meses o durante años, hasta que termine el proceso judicial y ejercite su opción la empresa en tal sentido. Este tipo de regulación es impropia de una norma de urgencia y no justifica el desplazamiento de la soberanía legislativa por el ejecutivo. Tampoco finalmente proporciona la necesaria justificación a la medida de urgencia la referencia a un tiempo especialmente dilatado de tramitación, que da lugar al abono de esos salarios por el Estado como modalidad singular de responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no solo por no guardar relación con necesidades coyunturales –salvo en la perspectiva de su restricción adicional o supresión temporal- sino porque además de tener general y no temporal, es un efecto derivado, más que complementario, de la propia supresión del resarcimiento al trabajador de un perjuicio esencial directamente derivado de su despido, como es la pérdida de los ingresos salariales destinados a su sostenimiento y el de su familia.

**SEGUNDO.- Vulneración del art. 24.1 CE en cuanto a la efectividad de la tutela judicial en la protección del trabajador frente al despido injustificado por la transferencia al obligado incumplidor de la opción entre un sistema completo de resarcimiento y otro parcial y en la restricción del acceso a los tribunales por la inexistencia de compensación completa de los daños y perjuicios ocasionados por la duración del proceso judicial.**

Ya en su momento la doctrina constitucional (STC 20/1994) estableció la relación entre el ejercicio de los derechos por el trabajador y la posibilidad de actuar eficazmente contra el despido, de modo que la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso de l que garantiza la tutela judicial efectiva (SSTC 7/1993 y 14/1993). En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 C.E.), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993).

No obstante, el paso más decisivo se origina con la doctrina de la garantía de indemnidad (STC 14-1993) en la que se relaciona la posibilidad de ejercitar los derechos laborales y en concreto al ejercicio individual de acciones derivadas del contrato de trabajo (art. 4-2-g) E.T con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como proyección directa material sobre el contrato de trabajo, en la expresión de la eficacia frente a terceros (Drittwirkung) o interprivatos del derecho fundamental de un derecho esencialmente procesal y dirigido ante todo frente a los organismos del Estado y en concreto la Administración de Justicia. Con ello el Tribunal vino a anticiparse a la configuración como derecho fundamental en el Tratado de Lisboa como derecho fundamental en el seno de la Unión Europea dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Instrumento de ratificación por LO 1/2008) cuyo artículo 30 reconoce el derecho a la protección frente al despido injustificado.

Por otra parte en la ST C 181/2000 (FJ 20º) se declara la inconstitucionalidad de una normativa legal, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución tasada cuando deban ser aplicadas a supuestos en que el daño tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo. En el ámbito laboral, aun dentro de un sistema tasado de compensación de daños y perjuicios, en este caso es la configuración irracional del sistema tasado que excluye la compensación total del daño, limitando en consecuencia en términos contrarios a seguridad jurídica la plenitud de la potestad jurisdiccional del art. 117 CE de modo que unos trabajadores pueden ser resarcidos de forma íntegra y otros no, en función de una decisión exclusiva del agente causante del daño una vez declarada la culpa exclusiva y el antijurídico proceder del mismo. Análogas consecuencias cabe obtener también en el supuesto presente como en la citada STC 181/2000, cuando concurre culpa exclusiva de la otra parte, “la parte perjudicada tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél. Es ésta una consecuencia que no se acomoda al mandato de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 C.E., en cuanto el sistema valorativo utiliza el título de imputación de la culpa siempre en sentido favorable o beneficioso para quien, incurriendo en un ilícito, produjo el daño personal y los consiguientes perjuicios económicos a él anudados; máxime cuando la conducta antijurídica determinante del daño, lesiona o menoscaba bienes de... relevancia constitucional”, en el presente caso el derecho al trabajo y a la protección frente al despido injustificado; del mismo modo que también en el Real Decreto Ley cuestionado, como en aquella otra ocasión normativa, “se obliga injustificadamente a la víctima del hecho a soportar una parte sustancial de los pérdidas económicas derivadas del daño”, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima.

En efecto, según el nuevo sistema de resarcimiento de daños y perjuicios en el despido de los trabajadores, el autor del incumplimiento legal declarado, el empresario autor del despido declarado improcedente, es quien puede optar por transferir a la víctima, aunque aparentemente sea a través de la protección pública en situación de desempleo, una parte sustancial de los perjuicios, los salarios “caídos” o perdidos, la indemnización complementaria de los salarios dejados de percibir o salarios de tramitación. Es igualmente el trabajador quien, aplicando su previa carrera de seguro, y ello si dispone de las cotizaciones necesarias, aplica una parte de las prestaciones a las que tiene derecho en el momento del despido a subvencionar parcialmente al empresario autor del despido improcedente en cuanto a los salarios perdidos, en sustitución completa de los cuales, como expresamente reconoce el preámbulo del Real Decreto Ley, pero en cuantía notablemente más reducida, si el empresario quiere, por su sola voluntad, que puede excluir por completo su responsabilidad indemnizatoria sobre los salarios dejados de percibir, a cargo exclusivamente por tanto de las parciales prestaciones de desempleo recibidas.

El importe de las prestaciones por desempleo del trabajador, en el caso de los hoy demandantes, si el empresario hace uso de la facultad que le reconoce el Real Decreto Ley, lejos de aumentar con las cotizaciones adicionales que habría de efectuar el empresario por el tiempo de tramitación judicial si la ley reconoce, como hacía antes del Real Decreto Ley, el salario de tramitación, se ve ahora minorado con el nuevo sistema en la parte correlativa que haya ido percibiendo el trabajador, por lo que cuando el

empresario finalmente opta por la indemnización, ya solo tendrá el importe restante por percibir hasta agotar la prestación contributiva si es que no la ha agotado toda en el intervalo. Hay que recordar que el cuadro de prestaciones por desempleo está en función del período cotizado, siempre con un mínimo exigible de 360 días, para obtener 120 días de prestación, está regulado en el art. 210 de la Ley General de la Seguridad Social, RD. Leg. 1-1994. De modo que si el trabajador no tiene tiempo suficiente cotizado, y con mayor razón si no tiene cotizado importe alguno, no existe siquiera procedimiento alguno de compensación del tiempo de espera hasta resolución judicial firme. Si el trabajador cuenta con la prestación, según el peculiar sistema arbitrado por el RD Ley cuestionado, en todo caso lo que obtiene es a cuenta del total de la prestación según el tiempo cotizado hasta la fecha del despido y, por así decirlo, lo extrae de su saldo en la cuenta prestacional pendiente de disfrute en esa fecha. Así, si un trabajador tiene derecho en el momento del despido a 120 días de prestación contributiva por desempleo, esos importes, ante todo, no cubren los salarios dejados de percibir, sino que se limitan al 70 o al 60% de la base previamente cotizada, el salario promediado de los últimos 180 días cotizados antes del despido (art. 211 LG SS). El resto lo pierde ya directamente con la opción empresarial por indemnizarle. Además, y a continuación, es con cargo a la prestación por desempleo que tenga causada el trabajador que éste se financia a sí mismo, aunque por medio de la entidad gestora, el tiempo de espera hasta sentencia, y el importe de la prestación final por desempleo que le resta cuando concluye el proceso por despido, si es que le quedar alguno, se ve reducido progresivamente a lo largo de l tiempo de tramitación. Es cierto que el cuestionamiento de la constitucionalidad de una norma no comprende la crítica genérica de la oportunidad para-legislativa del gobierno en su capacidad de dictar normas con fuerza de ley por razones de urgencia, como tampoco la tendría respecto del propio legislador. Pero en este caso no se cubren ni siquiera los parámetros mínimos de constitucionalidad que aplicara en su día el Tribunal Constitucional en la doctrina invocada. Como tampoco se cumple el presupuesto legitimador de la exclusión de los salarios de trámite en ciertas relaciones laborales especiales por razones unidas a la especialidad del vínculo laboral (STC 143/2008).

Parafraseando las palabras de la STC 108/2000, FJ 18, lo determinante es si cualquier trabajador puede ejercitar eficazmente su derecho a reclamar contra el despido injustificado a través de la reclamación en vía jurisdiccional, y si en caso de que se vea finalmente privado del puesto de trabajo, si el quantum de la indemnización por los daños sufridos puede ser obtenido en sede procesal, en la integridad de su exacto o real alcance, sin limitaciones o restricciones predeterminadas por el legislador que hagan inoperante o conviertan en mero “flatus vocis” o sonido hueco el mandato constitucional de efectividad que de la tutela jurisdiccional predica el citado art. 24.1 CE. Finalmente, el acceso a los Tribunales de los trabajadores para impugnar el despido queda desprovisto de un elemento esencial como es la compensación del tiempo de espera y el trabajador, salvo que pueda esperar el tiempo que transcurra hasta sentencia firme, puede estar sin percibir la indemnización principal, cuyo abono el empresario puede demorar en la estrategia procesal que legitima el Real decreto Ley, a menos que acepte transar a la baja el importe indemnizatorio legalmente indicado, que se ve reducido también en la nueva norma.

Es importante destacar que en el presente proceso de precarización de muy diversas condiciones laborales y de favorecimiento de la flexibilidad y de las facultades empresariales es más importante la protección ante el despido. La reincorporación al

mercado laboral de trabajadores despedidos a lo largo de estos últimos años se realiza en condiciones bien diferentes de las que disfrutaban en el momento de su salida, con inferiores sueldos, jornadas más reducidas o más amplias pero siempre con sueldo proporcionalmente mucho más bajo. Del mismo modo la incorporación prim era de trabajadores jóvenes se hace en co ndiciones sumamente difíciles y por supuesto en ambos casos es presu mible un increm ento sustancial del trabajo no formalizado y disimulado bajo aparentes contratos mercantiles o de otra naturaleza no laboral. Esos trabajadores, con una antigüedad cada vez m enor, no tienen protecci ón efectiva si su única protección en caso de despido es una indemnización por antigüedad que además ha sido reducida en la misma reforma legal. Esos trabajadores no van a poder hacer uso de su derecho a accion ar contra el despi do eficazmente, justamente los que m ás lo necesitan, porque la indem nización final va a ser muy reducida, y habrán de conformarse con lo que se les ofrezca, si es que reciben alguna propuesta. La indemnización de 33 días por año que se ha ido abriendo paso como alternativa a la tradicional del contrato de trabajo de 45 dí as por año –justamente la fórmula que quiere generalizar el Real decreto Ley- resultó de la negociación entre em presarios y trabajadores a partir de la previsión legal de 45 días por año, pero cuando había salarios de tramitación. Sin salarios de tramitación, por lógica la indemnización real se reducirá desde los 33 días nominalmente previstos a una cifra que estará por e sa misma lógica entre los 20 y los 25, pero m ucho más cerca de los 20 días año, porque si el trabajador no acepta el empresario solo tiene que esperar a que tres o cuatro meses después, si es que el juzgado no tiene retras os, su propuesta, y aun otra inferior, sea finalm ente bienvenida. Sin contar con las nuevas y cr ecientes posibilidades de flexibilización a través de reducción de jornada y modificaci ón de condiciones, así como de m ovilidad geográfica que perm iten otras tantas for mas de presión alternativas al despido y que pueden llevar a la renuncia de derechos o a la aceptación final de una extinción laboral. Es decir que, en los térm inos que utiliza el Real Decreto Ley, aunque en sentido contrario, se posibilitan estrategias procesales y extraprocesales para forzar la renuncia de derechos por los trabajadores. Ade más, la protección de lo s derechos de los trabajadores de salario reducido o sin relación laboral reconocida pasa justamente por la posibilidad real de ejercitar acciones contra el despido, que en su caso estará protegido por una indemnización muy reducida y sin o tra posibilidad que percibir en tre tanto el desempleo al que posiblem ente no tengan der echo siquiera, y con ello sufrirán los demás derechos, incluidos los de carácter funda mental y los de protección de la salud y seguridad laboral frente a los accidentes.

**TERCERO.- Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) como consecuencia de la diferencia d e trato en tre trabajadores con derecho a prestaciones por desempleo y los que carecen de él en caso de improcedencia y de opción por la indemnización por el empresario, así como en cuanto a la diferencia de trato entre trabajadores por cuenta a jena y por cuenta p ropia ante el empresario/cliente en lo relativo al resar cimiento del lucro cesante en caso de declararse ilícita la ruptura contractua l de unos y de otros y respecto de la protección dispensada al propio empresario en caso de recla mación de éste contra un tercero vinculado por contrato no labo ral de prestación de servicio s ya que podrá reclamar el lucro cesante derivado de los ingresos perdidos.**

Anteriormente se ha razonado que el m edio sustitutivo de compensar al trabajador que encuentra el RD Ley cuestion ado en las p restaciones por desempleo no comprende a todos los trabajadores despedidos, que de este modo adem ás de perder la eficacia de la

tutela judicial son objeto de una diferencia de trato injustificada en relación con los trabajadores que tienen tal posible protección, aunque sea insuficiente. Pero la ruptura por el Real Decreto Ley del principio de derecho que legitima para pedir tanto la compensación del daño causado con la pérdida del objeto contractual, resarcido mediante la indemnización principal, como los ingresos dejados de percibir o lucro cesante, discrimina al trabajador improcedentemente despedido frente a otros suministradores por título no laboral de servicios al empresario, que podrán reclamar tanto la indemnización principal por ruptura del contrato como los ingresos perdidos o lucro cesante, en aplicación de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil, así como con la exigencia del cumplimiento de lo pactado en caso de obligaciones recíprocas del art. 1124 CC. El propio empresario puede dirigir tales acciones igualmente frente a sus clientes a los que suministre servicios por incumplimiento de la duración pactada, incluyendo el resarcimiento del lucro cesante o importe dejado de percibir durante el tiempo restante de contrato. El trabajador en cambio ha sido privado de una parte sustancial del resarcimiento indemnizatorio, con la sola condición, que por enteramente dependiente de la voluntad de una de las partes sería ilícita –art. 1115 CC-, de que el empresario opte por la indemnización, y además como resultado de una opción ejercitada por el declarado judicialmente responsable de una ruptura contractual ilícita. Semejante situación sería incomprensible en el orden civil y carece de referencia comparable en las relaciones de derecho privado.

**CUARTO.- Vulneración del derecho constitucional a la asistencia y prestaciones sociales especialmente en desempleo (art. 41 CE) en relación con el efecto incentivador del desempleo unido a la supresión de los salarios de trámite a opción del empresario y con la reducción de la extensión de la prestación, debida estrictamente a la voluntad del empresario, en relación con el derecho al trabajo del art. 35 CE.**

En efecto, el objeto de las prestaciones por desempleo constitucionalmente establecidas es proteger al trabajador en tal situación, pero no compensar la exclusión de uno de los efectos derivados del despido y en concreto la obligación empresarial de indemnizar los salarios perdidos tras el despido, obligación por otra parte no excluida por entero, sino solo en caso de opción por la indemnización y no si se opta por la readmisión. De modo que por decisión del empresario, si prefiere indemnizar, puede recibir una peculiar bonificación, a través de la prestación por desempleo que perciba el trabajador, que permite a la empresa excluir la indemnización por salarios dejados de percibir que en caso de readmisión habría de abonar al trabajador. Esa aplicación de las cantidades del erario público destinadas a protección del trabajador en caso de desempleo, a modo de subvención peculiar que permiten al empresario autor de un despido ilícito excusarse del pago de las indemnizaciones complementarias o salarios de tramitación, además, opera como elemento manifiestamente desincentivador de la readmisión y recuperación del puesto de trabajo. No es solamente el erario público el que así sufre, puesto que los empresarios ya no han de pagar el tiempo de tramitación en caso de opción por la indemnización, de modo que el trabajador pueda a su vez devolver al desempleo la prestación que hubiera percibido durante la duración del proceso (art. 209 LGSS), ni se trata solamente de cuestionar la escasa fortuna o acierto de la innovación legislativa, sino que la readmisión, aun siendo la manifestación plena del cumplimiento regular de lo pactado, está en la práctica penalizada con el importe de los salarios de tramitación que ha de pagar el empresario y con ella se ve afectado el derecho al trabajo del art. 35 CE. Anteriormente se ha indicado también que el trabajador es quien en realidad

financia esa menos onerosa opción como el propio coste derivado del proceso laboral a través de sus prestaciones por desempleo, cuya finalidad constitucional según el art. 41 que se estima contrario a la norma no es en absoluto la que aplica el Real Decreto Ley cuestionado.

#### **IV.- PARTE DISPOSITIVA**

Elevar la cuestión al Tribunal Constitucional junto con testimonio de las actuaciones y de las alegaciones presentadas por las partes y por el Ministerio Fiscal, quedando en suspenso con carácter provisional la tramitación del proceso hasta la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, y en su caso en suspenso posteriormente hasta resolución de la misma.

#### **IV.- REGIMEN DE RECURSOS**

Contra el presente Auto no cabe recurso alguno (art. 35.1 LOTC).

Así por este Auto lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado Juez de lo Social,

JOSE ANGEL FOLGUERA CRESPO