

EFICIENCIA ECONÓMICA *VERSUS* PROTECCIÓN LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular (acreditado a Catedrático)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fecha de recepción: 17/02/2017

Fecha de aceptación: 13/03/2017

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Coordenadas del artículo. 1.2. Memoria de impacto y Exposiciones de Motivos. 1.3. Principios y valoraciones constitucionales. 1.4. Atalaya crítica. 1.5. Metodología seguida. 2. MUESTRARIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECIENTE. 2.1. El período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores. 2.2. Las competencias decisoras de las Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. 2.3. La proscripción de la jubilación forzosa en los convenios colectivos. 2.4. Legislación de emergencia. 3. CUESTIONAMIENTO DEL ESCENARIO ECONÓMICO ADVERSO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD 4. REGRESIVIDAD Y NEOHERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL. 5. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional ha empleado un novedoso canon de constitucionalidad “económico” para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, introduciendo dicha variable como una más del principio de proporcionalidad, aspecto duramente criticado por varios magistrados a través de sendos votos particulares, circunstancia que se relaciona directamente con la dogmática de la reversibilidad de los

derechos. El propósito de este estudio es situar en sus justos términos dicho parámetro “económico” como elemento nuclear de la hermenéutica constitucional.

ABSTRACT: The Constitutional Court has used a new canon of “economic” constitutionality for the prosecution of the constitutionality of the labor reform of 2012, introducing the variable as a principle of proportionality, harshly criticized by several judges look through two separate dissenting opinions, circumstance that is directly related to the dogma of reversibility of rights. The purpose of this study is placed in its proper terms this “economic” parameter as a core element of the constitutional hermeneutics.

PALABRAS CLAVE: Crisis económica. Ordenamiento laboral. Tribunal Constitucional. Canon económico de constitucionalidad.

KEYWORDS: Economic Crisis. Labor Law. Constitutional Tribunal. Economic Canon constitutionality.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Coordinadas del artículo

Los editores de esta publicación han interesado la aportación de un escrito titulado cual la rúbrica que antecede a estas páginas hace: eficiencia económica *versus* protección laboral en la jurisprudencia. Sin ánimo de enmendar el encargo, lo cierto es que el derecho de autoría seguramente tolera que se formulen algunas observaciones sobre el particular:

- Puesto que la perspectiva elegida es la del ordenamiento laboral, la “eficiencia económica” de que se debe hablar es la referida a la derivada del factor humano. Se trata de comprobar en qué medida la empresa, entendida como conjunto organizado en orden a la producción, cumple su finalidad (elaboración de bienes, prestación de servicios) pese a operar en un sistema donde ha de respetar las exigencias propias del Derecho del Trabajo.
- La “protección laboral” alude, sin duda, a la voluntad de imponer a las relaciones laborales el respeto al contenido de un trabajo decente y digno, prestado con arreglo a los estándares de un país que combina la economía de mercado con el respeto a los derechos sociales.
- La oposición entre las dos magnitudes (“*versus*”) sugiere que ambas operan en sentido opuesto, como si se tratase de adversarios conceptuales; sin embargo, lo cierto es que las modernas tendencias de la economía productiva y del Estado social de Derecho más bien optan por la transición hacia el sistema colaborativo, máxime si nos movemos dentro del espacio de la Unión Europea.
- En suma, no se trata de que haya un vencedor y un derrotado, sino de que los límites entre unas y otras instituciones sean acordes con las estimaciones sociales de cada momento. Se opte por la visión conflictivista o por la integradora es evidente que la interacción entre los dos bloques reseñados solo puede llevarse a cabo en términos de mutua aceptación y colaboración.

1.2. Memoria de impacto y Exposiciones de Motivos

En nuestro ordenamiento la promulgación de una nueva norma exige la elaboración previa de una memoria justificativa que analice su previsible impacto en los términos enunciados por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Entre las menciones que necesariamente tiene que contener dicha memoria destaca el “*impacto económico y presupuestario*” de la misma, que “*comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma*” (art. 2.1.d)]¹. Dichas memorias pueden servir de parámetro interpretativo auxiliar en los términos previstos en el Código Civil². Su contenido no puede ser tenido en consideración como integrante de la norma pero sí es adecuado para contextualizarla, cuestión distinta es que las deficiencias en tal memoria repercutan en la validez de la disposición³.

Lo que antecede posee especial significación en el caso de las normas laborales. Su memoria puede explicar (e incluso justificar) determinados procederes normativos y la elección legislativa por uno u otro modelo de protección laboral. La “*crisis económica*” y financiera se ha empleado como justificación, en no pocas ocasiones, de las novedosas medidas jurídicas que se han adoptado en los textos normativos. Singularmente en las exposiciones de motivos⁴, llenas de explicaciones contextualizadoras y argumentativas⁵. Las

.....

1 Se pretende con ello asegurar, con carácter previo a su promulgación, que en el proceso legislativo se han tenido en consideración “*las consecuencias jurídicas*” y, sobre todo, las “*económicas*” del nuevo escenario normativo resultante.

2 El art. 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dispone que “*Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:... / ... d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio*”.

3 Las impugnaciones para que se declare la nulidad de una norma por no haberse seguido correctamente todos los trámites que exige dicha memoria de impacto normativo han sido infructuosas. Véase, por ejemplo, la S TS (Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 4 de febrero de 2015 (RJ 2015\1379) en un asunto de impugnación de la normativa reguladora de la carrera judicial. La STS-CONT de 21 de enero de 2015 (RJ 2015\459) precisa al efecto, en una impugnación de un plan hidrológico, que “*hay que entender que lo planteado [por esta norma] no es tanto la exigencia formal de esos estudios -o memoria, según la normativa general-, como que al elaborar el Plan [hidrológico] no se hayan abordado las previsiones sobre el impacto económico que supondrá, en general, sobre los usos y concesiones preexistentes y, en especial, el impacto que en los usos hidroeléctricos*”. Tampoco tiene especial trascendencia que en dicha memoria se haya obviado la participación institucional de algún ente territorial afectado por la norma: STS-CONT de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\1077).

4 La exposición de motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, precisa que “*La crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008 ha quebrado la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los noventa y ha tenido como consecuencia más grave una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo*”.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas afirma categóricamente que “*La consecuencia más grave de la crisis económica y financiera en nuestro mercado laboral es el importante aumento de las personas en situación de desempleo*”.

El primer párrafo de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral precisaba que “*La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español*”.

De “*escenario actual de crisis económica*” habla la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

5 Interesante sería, desde otro punto de vista, analizar el contexto socioeconómico en el que se desenvuelve la

exposiciones de motivos de las normas tampoco forman parte de su contenido obligatorio. Sin embargo en multitud de ocasiones se han empleado para apoyar *-a fortiori* o simplemente a mayor abundamiento- un determinado argumento interpretativo. O incluso para enmarcar, como introito, un desarrollo argumental, o, en fin, para servir de corolario del argumento jurídico central.

Las normas laborales no solo recurren a determinados criterios económicos para articular sus previsiones sino que también suelen emplearlos como parámetros interpretativos. Su aplicación reclama con frecuencia la atención al contexto económico en el que se desenvuelve el mandato normativo. No es que dicho contexto, explicitado en las memorias normativas y en las exposiciones de motivos, determine la interpretación correcta sino que la contextualiza e induce.

1.3. Principios y valoraciones constitucionales

Más allá del criterio de interpretación teleológica que necesariamente tiene que utilizar el intérprete y que sirve para dar entrada al tenor de las memorias o exposiciones de motivos, el texto constitucional contiene un criterio hermenéutico de difícil concreción práctica en el ámbito de la jurisdicción en sentido estricto. El art. 53.3 de la Constitución precisa al respecto que el “reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, añadiendo seguidamente que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

El último párrafo concreta lo que tradicionalmente se denomina como derechos constitucionales de configuración legal, aspecto que ahora no nos interesa en demasía, aunque se volverá con él más adelante, cuando se traten los límites que la Constitución impone al legislador laboral⁶. Sin embargo, lo que se revela como complicado y sí tiene su trascendencia operativa desde el punto de vista de la hermenéutica normativa es llegar a com-



legislación laboral a lo largo de los años mediante el estudio de las exposiciones de motivos de las normas anuales reguladora del Salario Mínimo Interprofesional, aunque esta cuestión excede del ámbito de este trabajo.

6 La STC 80/1982, de 20 de diciembre, afirma al respecto que el valor “normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental”, inciso del precepto que, esencialmente, impide, de un lado, considerarlos “normas sin contenido”, lo que obliga, por ello precisamente, a los “poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. Con esta sentencia arranca la ordenación del propio concepto de “núcleo duro del derecho constitucional”, aquel que es perfectamente identificable como tal desde cualquier óptica y, a su vez, el que si falta impide tener por satisfecha la exigencia constitucional. El paso siguiente es muy evidente, pasa por afirmar que cada derecho constitucional, haya sido regulado en una norma de rango legal o no, tiene una fisonomía propia como derecho constitucional que es, ensanchando sobremanera el ámbito objetivo de los derechos fundamentales de configuración legal para dar cabida, no solo a la regulación normativa que de ellos se haga, prácticamente constituyente, sino también a la interpretación que se deduce por el propio Tribunal Constitucional de dichos derechos constitucionales. Obviamente, no todas las resoluciones del Tribunal interpretando derechos constitucionales forman parte de dicho núcleo duro, pero esto es una cuestión que se analizará más adelante.

prender qué quiere decir el constituyente con la mención a que dichos principios informarán la “*práctica judicial*”. Parece claro el alcance de la referencia a la información de “*la legislación positiva*”, o la “*actuación de los poderes públicos*”. La referencia a las memorias normativas y a las exposiciones de motivos de las normas cumplen el primer mandato, y la propia actuación administrativa y de ejecución burocrática de las administraciones públicas el segundo.

Sin embargo, como se comenta, es difícil apreciar qué quiere decir la norma cuando precisa que dichos principios deben informar la “*práctica judicial*”. ¿Significa, más allá de las previsiones normativas en sentido estricto, que el intérprete debe tener en consideración los espacios contextuales en que se desarrollan las normas? Si estos espacios se han visto alterados por la crisis económica, como así ha sucedido sin ningún género de discusión en los últimos años.

1.4. Atalaya crítica

Enlazando las premisas precedentes debe concluirse que las memorias explicativas o exposiciones de motivos no pueden tomarse en consideración para la estricta y directa interpretación de la prescripción normativa pero sí para contextualizar la su operatividad, enmarcándola.

La STC 27/2015, de 19 de febrero, precisa al respecto, para valorar la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que se exige para legislar por delegación legislativa, que “*la exposición de motivos de la norma así como de lo expuesto en el debate parlamentario y en el expediente de elaboración es posible inferir la existencia de una justificación de carácter general, la situación de crisis económica que obliga a la introducción de reformas orientadas al crecimiento económico y a la creación de empleo*”. Es decir, un cierto papel orientador de la labor interpretativa sí que tienen estos instrumentos jurídicos, y así se reconoce.

El problema, por tanto, se traslada a la manera en que la crisis económica ha sido tenida en consideración cuando se enjuicia la operatividad de una norma creada en tiempo de crisis y para ser aplicada en ese mismo contexto. No es, por tanto, un problema de sí o no, es un problema de cómo y cuánto, pero partiendo de la premisa de que estos instrumentos jurídicos pueden ser tenidos en consideración en la labor hermenéutica de las dictados normativos de las normas.

Desde esta perspectiva debemos cuestionar en qué forma y de qué manera el contexto económico de la actual crisis económica, explicado en las memorias normativas y en las exposiciones de motivos, ha mediatizado, influido o modelado la interpretación de las normas laborales.

1.5. Metodología seguida

A fin de no desbordar las dimensiones razonables de estas notas, se ha optado por concretar al máximo el objeto material considerado. Se trata de examinar hasta qué punto emplea el legislador un concepto homogéneo y unívoco de crisis económica. Se trata de averiguar si ese concepto posee perfiles exportables a todos los ámbitos de las normas laborales, o incluso del resto del ordenamiento⁷; o si acaso ese concepto es refractario al sometimiento a una cierta disciplina homogeneizadora. De ello depende que la crisis económica aparezca como un instrumento más en la labor hermenéutica o como un elemento jurídicamente indeterminado, propiciando la inseguridad jurídica.

En ese mismo orden de consideraciones pragmáticas se sitúa la opción de atender básicamente al contenido de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse, ya en varias ocasiones, al enjuiciamiento de normas laborales adoptadas en plena crisis económica. Sus resoluciones pueden ser analizadas desde dos planos distintos, aunque complementarios, descendiendo, en primer lugar, al detalle del enjuiciamiento y apreciando, en segundo lugar, el canon de interpretación novedoso que tiene como protagonista a la crisis económica.

2. MUESTRARIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECIENTE

El estudio de las sentencias recientes del Tribunal Constitucional muestra una tendencia a incorporar, cada vez de manera más frecuente, el propio concepto de crisis económica como elemento valorativo de sus juicios. En el fondo, lo que se cuestiona es si la restricción de los derechos fundamentales puede sustentarse en la crisis económica. Es como averiguar si la modulación característica entre derechos fundamentales puede tener como fiel de la balanza las explicaciones contextuales que se deducen de las exposiciones de motivos y de las memorias normativas.

Como comprobación de las bases que sustentan tal aserto recordemos seguidamente tres supuestos, bien conocidos y relevantes, en los que está presente esa valoración contextual.

.....

⁷ Sobre este tema en general véase EMDIB IRUJO, A.: *La constitucionalidad de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, especialmente útil para analizar la modificación del art. 135 de la Constitución, p. 35 y capítulo 5 y la influencia de las modificaciones que se han producido en la normativa comunitaria, pp. 91 y ss.

2.1. El período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores

Identificación.- La STC 119/2014, de 16 de julio es una de las que con más intensidad ha recurrido al concepto de crisis económica para apoyar sus razonamientos jurídicos. Centremos el análisis en uno de los temas estrella de la reforma laboral de 2012: el contrato de apoyo a emprendedores, en concreto el período de prueba de duración anual cuya constitucionalidad se cuestiona y que aparece como obligatorio para las partes e indisponible para la negociación colectiva.

Planteamiento.- El Abogado del Estado en el trámite de alegaciones subraya que el período de prueba sirve para comprobar la aptitud del nuevo trabajador, así como para la valoración de otras variables que influyen en el desarrollo de una relación laboral, y que no tienen que ver directamente con la calidad intrínseca del trabajo que se realiza: “*su motivación, su carácter, su compatibilidad con superiores y compañeros, su adecuación al ambiente de trabajo*”, añadiendo, y esto es lo que se quiere subrayar en este momento, otro criterio adicional: “*si el puesto de trabajo es viable económicamente; es decir, sostenible en el tiempo desde el punto de vista económico-financiero*”, apreciación singularmente interesante en “*un contexto de crisis como el actual*”.

Eje argumental.- El Abogado del Estado no está empleando en este momento el concepto de crisis económica para justificar la exagerada duración del período de prueba, un año, ni para contextualizar la opción legislativa legítimamente adoptada. Afirma algo más sutil desde el punto de vista de la protección de los derechos de los trabajadores: que las posibilidades de optimizar económicamente el esfuerzo productivo del trabajador forma parte del cúmulo de variables que pueden ser tenidas en consideración para desistir de un contrato de trabajo durante el referido período de prueba. Con lo cual se amplían sobremanera las circunstancias que permiten al empresario huir del instrumento del despido laboral para situarse en la cómoda lógica de desistimiento. A las tradicionales circunstancias laborales y personales, típicas ambas de la institución, se le ha unido la de mantenimiento económico del puesto de trabajo. Con ello, incluso un trabajador que realice óptimamente su actividad laboral y encuentre correcto acomodo personal (y social) en la dinámica de la empresa desde el punto de vista organizativo y humano, puede no superar el período de prueba si el empresario detecta que el mantenimiento del puesto de trabajo es excesivamente oneroso desde el punto de vista del equilibrio bilateral de las prestaciones mutuas entre los antagonistas laborales.

Trascendencia del tema.- Parece como si la lógica jurídica del despido individual por causa económica pudiera tenerse en consideración para articular el desistimiento en el período-

do de prueba. Incluso con eficacia exclusiva, es decir, desgajada de la conexión con otras cuestiones o circunstancias. Entender, como se hace, que dentro del período de prueba se puedan incrustar consideraciones ajenas al propio desarrollo, laboral o personal, del trabajo realizado o del propio trabajador es ensanchar enormemente el ámbito operativo del desistimiento. Emplear el período de prueba para dar cobertura institucional a auténticas extinciones contractuales empleando técnicas jurídicas, como el desistimiento, típicas del derecho privado general, del derecho civil, basadas en elementos no relacionados directamente con el objeto del contrato de trabajo o el trabajador es ensanchar sobremedida el ámbito operacional de dicho período de prueba. Y, sobre todo, desconectarlo de todas aquellas cuestiones que tienen que ver con la actividad laboral en sí misma considerada o el trabajador como integrante humano de un ecosistema laboral concreto⁸.

Contexto de paro.- El Abogado del Estado, desde una argumentación más ortodoxa también justifica la “*mayor duración del período de prueba*” por nacer dicha modalidad contractual (la del contrato de apoyo a emprendedores) con “*una vocación coyuntural para tratar de paliar la descomunal tasa de paro que nos atormenta*” en la medida de que se trata de un “*derecho laboral para una coyuntura excepcional*” y que dicho período anual no se impone para la generalidad de las contrataciones en el ordenamiento laboral, sino “*únicamente para una singular y probablemente minoritaria modalidad de contratación laboral indefinida*” dirigida específicamente a pequeñas empresas (probablemente las más necesitadas de apoyo y ayuda institucional), por lo que con el largo período de prueba instituido se podría contribuir a minimizar “*los importantes riesgos económicos asociados a un contrato de trabajo por tiempo indefinido*” desde el punto de vista empresarial. En definitiva, que el contexto de crisis económica en el que se desenvuelve la normativa que implementa dicha modalidad contractual novedosa, justifica, tutela, o cuanto menos ampara, la inclusión de un período de prueba singular y distinto del general articulado en el ET y de duración más elevada en el que poder hacer uso de la figura del desistimiento empresarial⁹.

Esta última argumentación del Abogado del Estado sí puede considerarse como una argumentación clásica, en el sentido de emplear el concepto de crisis económica de maneja contextual, como escenario en el que se desarrolla el teatro normativo y sus mandatos

.....

8 El objeto material del período de prueba no puede proyectarse sobre circunstancias diferentes o ajenas al propio objeto del contrato de trabajo, porque lo que, en términos de la S TS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9088), determina dicha opción legislativa incluida en el art. 14 del ET es que “... *la libertad de desistimiento... / ...no ha de entenderse en términos absolutos, puesto que no ampara... / ... [al desistimiento] que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba*”. Es decir, el desistimiento producido “*en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba*” no debe ampararse por esta figura laboral, careciendo, en definitiva, de razón de ser y de cobertura jurídica [S TS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9088)].

9 De manera más comedida en la S TC 8/2015, de 22 de enero, el Abogado del Estado se conforma con argumentar sobre este mismo tema que la duración del periodo de prueba se justifica porque “*nos encontramos con una medida protectora de la pequeña empresa en un contexto de crisis*”.

imperativo. La otra argumentación, la anterior, la que pretende introducir en la lógica del desistimiento la variable de optimización económica del contrato no es contextual, no sirve para enmarcar la operación hermenéutica, es interna a la lógica del razonamiento jurídico, a la operación interpretativa de los dictados estrictos de la letra de la ley, y es, por ello precisamente, sustantiva al proceder interpretativo, siendo realmente innovadora, pues crea un elemento de raciocinio jurídico no antes empleado, o por decir más correctamente, no empleado para este fin concreto, no utilizado para la interpretación esencial de una de las variables legales concretas operacionales de la ley.

Razonamiento del TC.- El Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3º.A).e) de su sentencia 119/2014, de 16 de julio también se apoya en la “*crisis económica*” para justificar su decisión permisiva de la imposición incondicionada de dicho período de prueba anual en el contrato de apoyo a emprendedores. Después de desplegar un argumentario descriptivo de la configuración legal que tienen las instituciones laborales, diferenciar entre el despido en sentido estricto como fórmula laboral típica y el desistimiento civil, y situar la figura en sintonía con lo dispuesto en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aborda la configuración excepcional del contrato de apoyo a emprendedores describiendo sus líneas maestras, especialmente aquellas que tienen que ver con los sujetos, empresario y trabajador, que signan el contrato y con la duración del mismo.

Y es aquí, en relación con el ámbito subjetivo de proyección de dicho contrato, destinado a las Pymes, empresas que cuentan con menos de cincuenta trabajadores, que abarcan el “*99,23 por ciento de las empresas españolas*”, en donde despliega su eficacia la cláusula controvertida, entendiéndolo el Tribunal que al ser las pymes “*las que están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativa de la crisis económica*” la excepcionalidad de la norma general de duración del referido período así como su nula configuración convencional es razonable, porque se entiende, implícitamente, que dichos períodos de excepcionalidad en la coyuntura económica general requieren (o permiten) la adopción de medidas legislativas a su vez coyunturales, como ésta: “*vinculada a una concreta situación del mercado de trabajo de muy elevado desempleo y que, sin duda, conecta con el ya comentado deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo*”, favoreciendo, en definitiva, “*la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable*”.

El concepto de crisis se emplea en esta fundamentación del Tribunal como elemento contextual de la decisión legislativa adoptada. La situación económica no forma parte de la dinámica interna de la norma, ni tampoco de su interpretación jurisdiccional o cons-

titucional; se emplea, simple y llanamente, como elemento adicional en el razonamiento hermenéutico. Ni es el más importante, ni es el que con más fuerza despliega el Tribunal.

Sostenibilidad del empleo.- Pero el Tribunal asume como propios además, y esto es lo subrayable, los planteamientos del Abogado del Estado con respecto a la “sostenibilidad económica” del nuevo puesto de trabajo, y esto ya sí puede ser objeto de un cierto cuestionamiento crítico. Afirma al respecto que aunque es cierto que la configuración de dicho período de prueba permite al empresario “*disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no solo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado*”, no lo es menos que “*la medida ahora analizada*” se enmarca en un “*contexto de crisis como el actual*” en el que es razonable analizar si “*el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto sostenible*”.

Asume, por tanto, que el análisis empresarial que se realice sobre la sostenibilidad del puesto de trabajo es una variable más a tener en consideración para la superación del período de prueba. Se apoya en un elemento exógeno a la lógica de los elementos normativos que configuran dicho período de prueba, pero que nada tiene que ver ni con los protagonistas de dicho período, empresario y trabajador, ni con el objeto de la prueba, la pericia laboral del trabajador y su encaje en un grupo humano, ni, por supuesto, con las actividades laborales en las que se ha concretado dicho período¹⁰.

Invocación bifásica.- La ‘crisis económica’ es empleada en la resolución que se comenta, por tanto, en dos momentos muy diferentes. Para apoyar la argumentación central y, también, para justificar en la empresa concreta de que se trate la decisión de desistir del contrato de trabajo en dicho período. Eso comporta que el concepto de ‘crisis económica’ es diferente para cada empresa, que aplica o no el desistimiento por esta circunstancia por variables difícilmente armonizables por una dialéctica hermenéutica común. Lo que será crisis económica para una empresa que permita el desistimiento, no lo será para otra.

Sin embargo el Tribunal parece tener mala conciencia con la argumentación que realiza, porque el último párrafo de su argumentación en la S TC 119/2014, de 16 de julio, desliza la siguiente idea: “*Como es obvio, la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como*

.....

10 Para que no que quede duda alguna el Tribunal remarca su argumento afirmando categóricamente: “Atendido el contexto de grave crisis económica y alto desempleo a que responde la introducción y mantenimiento del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, hemos de afirmar que la fijación en esta modalidad contractual de un período de prueba superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales encuentra justificación”. Acude, en este caso, a la argumentación contextual, como refuerzo del argumento central, el que introduce la variable económica en la argumentación propiamente dicha de los elementos normativos del contrato.

el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada". Si se subraya esta obviedad quizá sea porque considera su argumentación excepcional, propia de un tiempo (de crisis) que requiere medidas excepcionales. En definitiva, que la solución adoptada se ve influida por el contexto en el que se desarrolla la norma y su peculiar justificación como medida excepcionalmente dirigida a atenuar las consecuencias de la crisis económica.

Reiteración del enfoque.- En la S TC 8/2015, de 22 de enero, se insiste en el enjuiciamiento del mismo asunto, aunque en otro recurso, con el empleo de la argumentación contextual comentada en los siguientes términos: *"En este sentido, hemos advertido, en primer lugar, que dentro de un escenario de grave crisis económica, la medida controvertida persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida"*, acudiendo seguidamente a argumentaciones complementarias que exponen el carácter excepcional de la medida, y razonando que se idea exclusivamente para un colectivo empresarial especialmente castigado por la crisis de empleo en la que vivimos en estos años. Concluyendo con una aseveración categórica: *"cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta"*, dado el *"carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable (sobre todo de los desempleados con mayores dificultades ocupacionales) durante una situación de crisis económica"*. En definitiva, que el juicio de racionalidad que impone el principio de proporcionalidad en sentido estricto sí ha sido superado por la medida legislativa cuya constitucionalidad se enjuicia. Dos son, por tanto, los pronunciamientos sobre esta materia del Tribunal Constitucional, con apoyatura en idéntica línea fuerza de argumentación.

2.2. Las competencias decisoras de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Enunciado del tema.- En la STC 119/2014, de 16 de julio se cuestiona la competencia que atribuye el nuevo art. 82.3 ET (en la redacción dada por la Ley 3/2012) en sus dos últimos incisos a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando el período de consultas dirigido a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo finalice sin acuerdo. Se trata de un recurso extraordinario y subsidiario pues entra en juego solo si han fracasado hasta tres posibilidades: que se resuelva el conflicto en la comisión de seguimiento del convenio, que se acuda a los mecanismos de

solución extrajudicial de conflictos, o que se designe un arbitraje vinculante. En este supuesto, y solo en este caso, la norma obliga a someter a la decisión de la referida Comisión Consultiva Nacional cuando la *“inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma”*.

El recurrente entiende que la norma está imponiendo de manera obligatoria y sin excepción alguna un mecanismo de arbitraje público y obligatorio, siendo incompatible con el carácter vinculante que la propia Constitución otorga a los Convenios Colectivos, vulnerando, en definitiva, el derecho a la negociación colectiva, que no tiene posibilidades de articular mecanismos alternativos al respecto.

Introducción del tema.- El Abogado del Estado entiende que la imposición de un arbitraje obligatorio en estos casos se justifica por la excepcionalidad de las circunstancias económicas en las que se impone legislativamente, particularmente con *“... un largo período recesivo que afecta a las empresas en general, complicado por una crisis bancaria y otra de deuda soberana”*, por lo que entiende que concurre el requisito exigido por la doctrina constitucional para que sea *“constitucionalmente admisible la imposición final de un arbitraje obligatorio llevado a cabo por un árbitro experto, imparcial e independiente”*. Repara, además, que el laudo de obligatorio cumplimiento solo dejaría de aplicar el convenio *“de forma material y temporalmente limitada y causalmente fundada, con posible control judicial ulterior, tanto de su fundamentación como de la regularidad del procedimiento”*.

Postura del TC.- La argumentación del Tribunal discurre través de la senda interpretativa trillada por el Abogado del Estado. Entiende, en esencia, que *“resulta constitucionalmente justificada”* (F. JCO. 5º.a]) la introducción de la intervención arbitral obligatoria por el *“contexto de crisis económica muy grave”* que se vive en el país.

El concepto de crisis se emplea como instrumento auxiliar para enmarcar la medida y su eficacia, para crear el contexto propio y característico en que opere esta medida jurídica excepcional, la imposición de un arbitraje obligatorio cuando se dan determinadas circunstancias factuales. Son las circunstancias concurrentes, según la STC 8/2015, de 22 de enero que reitera el mismo criterio, las que contextualizan la medida legislativa y la dotan de proporcionalidad y razonabilidad, recordando de manera muy clara que estamos en presencia de *“un remedio subsidiario que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva o al ejercicio de la libertad sindical”*, siendo operativo únicamente cuando los otros cauces de solución del conflicto implementados en la norma *“se han mostrado como inservibles”*.

El enjuiciamiento de la constitucionalidad de este problema, el concepto de crisis económica se está empleando por el tribunal (tanto en la STC 119/2014 cuanto en la STC

8/2015) como elemento fáctico en el que sustentar la operatividad de la regla excepcional prevista en la propia norma. En este caso, la regla general, la natural a la dinámica de la negociación colectiva y constitucionalmente preferible sería la no imposición de un arbitraje obligatorio, y la excepción, la peculiar, la que no se considera deseable y natural sino excepcional sería la imposición de arbitraje.

No se despliega en este punto la creatividad argumental que se utilizaba con ocasión del período de prueba para el contrato de apoyo a emprendedores, en el sentido de introducir el concepto de crisis económica en la propia interpretación de los elementos jurídicos del mandato normativo, reconduciéndose, por tanto, el concepto de ‘crisis económica’ a un mero complemento contextual de la argumentación jurídica. Un papel más clásico, en definitiva, menos creativo e innovador.

2.3. La proscripción de la jubilación forzosa en los convenios colectivos

Enunciado.- En la STC 8/2015, de 22 de enero también se enjuiciaba la adecuación constitucional de la Disposición Adicional 10ª del ET en la redacción dada a la misma por la Ley 3/2012. La nueva redacción de la norma impide de manera incondicionada que los convenios colectivos prevean cláusulas que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación, entendiéndola “*nulas y sin efecto*” cualquier que sea “*la extensión y alcance*” de las mismas. Un mandato imperativo que no contiene ningún tipo de excepción al respecto.

Entienden los recurrentes que dicha imposibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer medidas de jubilación obligatoria vulnera el derecho constitucionalmente protegido a la negociación colectiva, que, en palabras de los recurrentes, “*no puede ser ahogado ni suprimido por la normativa estatal*”. El Tribunal, en su intento de buscar una justificación objetiva y razonable a dicha medida legal, después de argumentar sobre los límites constitucionales del Derecho al Trabajo (art. 35 Constitución) y su configuración legal, acude al concepto de “*crisis económica*” para apoyar su decisión negativa a las pretensiones de los recurrentes.

De lo que se trata, con una mirada de mayor calado, es de cuestionar si el legislador en uso de sus legítimas competencias puede modificar legalmente “*la situación preexistente*” con el objeto de modificar “*la política de empleo*” con el objetivo de que “*encuentre perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales*” esa otra (nueva) política de empleo diferente. En el fondo, de lo que se trata es de cuestionar la plena capacidad del legislador laboral para alterar o modificar la preexistente legislación laboral en un aspecto concreto y determinado.

Enfoque constitucional.- El Tribunal Constitucional es muy claro: entiende que la capacidad legislativa es una potestad que no puede ser cuestionada, y que la concreta medida es legítima, entre otras poderosas razones “*porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta la medida controvertida, caracterizado por una situación de crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo en el que, a la par que se reduce exponencialmente el número de aportantes a la Seguridad Social, aumenta el de dependientes, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo, sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del sistema nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose ‘el incremento de los déficits públicos, como consecuencia de los mayores pagos de prestaciones y en especial de las pensiones por jubilación’ (Pacto de Toledo, ibídem, pág. 3)*”.

En definitiva, en la medida en que la disposición cuya constitucionalidad se discute tiene utilidad tanto para la concreción del ejercicio del derecho individual al trabajo como para “*la protección del interés general subyacente*” se considera legítima la limitación que impone a la potencial regulación convencional de períodos de jubilación obligatoria. En este caso, incluso con más énfasis que en los otros dos supuestos analizados, el tribunal utiliza el concepto de crisis económica como escenario contextual en el que el legislador instituye sus medidas modificadoras del *status quo* laboral vigente. Lo que hace el Tribunal es apoyarse en la fuerza de los hechos que se deducen de dicha crisis para encontrar una justificación objetiva y razonable a la medida legislativa cuya constitucionalidad se cuestiona.

Importancia del contexto.- El argumento contextual es prácticamente recurrente, quizá porque es el último que se despliega, articulado como complemento de los anteriores. Su fuerza argumental queda un tanto descompensada en relación con los demás elementos empleados en el razonamiento, muy potentes desde el punto de vista de la constitucionalidad de la medida, especialmente desde el punto de vista de su racionalidad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aquí el contexto de crisis se utiliza como fórmula de acompañamiento de otras argumentaciones jurídicas. Probablemente la medida legislativa cuestionada seguiría siendo legítima desde el plano constitucional aunque no se hubiese adoptado en un contexto de profunda crisis económica, en la medida en que es el legislador a quien corresponde identificar qué es una crisis económica, cuál es su alcance, qué efectos tiene sobre el mercado de trabajo y qué medidas son las adecuadas para luchar contra el desempleo masivo que la crisis ha provocado. El argumento es utilizado aquí *a fortiori*, a mayor abundamiento. Es decir, si la limitación legal al establecimiento de edades obligatorias de jubilación en

los convenios colectivo es una prerrogativa que se incrusta en el derecho de configuración legal que se deduce del art. 35 de la Constitución en cuanto configurador del Derecho al Trabajo, con mayor razón, con mayor motivo *-a fortiori-* lo será en un contexto de crisis económica y de empleo, en donde el legislador no solo tiene la potestad, sino incluso la obligación, de satisfacer las necesidades de respuestas jurídicas para superar la referida crisis.

2.4. Legislación de emergencia

En numerosas ocasiones ha tenido que abordar el TC la validez del contenido de Reales Decretos-Leyes sobre temas laborales. Valga como mero ejemplo el ATC 43/2014, de 12 de febrero, acompañado de Voto Particular¹¹.

Una norma delegada podrá superar o no estos límites constitucionales exigibles dependiendo de la explicación que se enuncie acerca de la concurrencia de la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad. Por ello el voto particular precisa que debe exigirse que exista una “*conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia*”, en el sentido de que debe guardar una relación “*de congruencia*” con la “*situación que se trata de afrontar*”, circunstancia que debería ser explicitada con claridad y suficiente extensión en las exposiciones de motivos y memorias normativas.

Como reconoce expresamente el voto particular, “*la justificación formal de la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad puede haber quedado reflejada y, por consiguiente, deducirse del examen de la exposición de motivos de la norma, del debate parlamentario de su convalidación y del propio expediente de elaboración de la misma, señaladamente de la memoria*”. Por lo que el análisis de cada situación debe hacerse caso por caso, pues es irrazonable deducir parámetros generales exportables para supuestos distintos, para cada situación o norma elaborada, teniendo presente, en todo caso, que la “*la citada exposición de motivos*” es la “*primera y principal fuente de análisis de dichas causas, sin perjuicio de evocar, aunque sea de manera circunstancial o accesorio, las restantes posibles fuentes*”, debates parlamentarios y memorias normativas.

Y en un momento de crisis económica especialmente aguda como el actual, en donde se ha abusado del empleo del mecanismo de regulación jurídica mediante legislación delegada¹², la argumentación que justifica su utilización debe quedar reflejada en la correspon-

.....

11 Cuenta con un Voto particular discrepante que formula el Magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

12 Así, GARCÍA ROCA y MARTÍNEZ LAGO precisan que “últimamente se han dictado nada menos que cuarenta y ocho Decretos leyes en lo que va de Legislatura. No es exagerado decir que durante la crisis se ha gobernado por Decreto-ley. Se ha emanado una legislación de emergencia que termina afectando seriamente a muchas

diente exposición de motivos de las normas, jugando, por tanto, un interesante papel de razonable contrapunto cuando motive y justifique el recurso al empleo de la excepcional medida.

Obviamente, la “*justificación específica*” debe ser algo más, desde un punto de vista sustancial, que una “*sumaria descripción*” de su contenido normativo, como bien refiere el voto particular al ATC 43/2014, de 12 de febrero, que se está comentando. Ahora bien, el contenido material de dicha justificación y la necesidad de que supere un determinado umbral de constitucionalidad exigible no es tarea fácil.

3. CUESTIONAMIENTO DEL ESCENARIO ECONÓMICO ADVERSO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Impugnación del relativismo constitucional.- La STC 8/2015, de 22 de enero cuenta con un voto particular discrepante, formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron los Magistrados Adela Asúa Bararrita, y Luís Ignacio Ortega Álvarez, en el que, además de criticar determinadas argumentaciones técnicas de la posición mayoritaria del Tribunal sobre puntos concretos del recurso esboza, con un despliegue importante de argumentación jurídica, una crítica generalizada a la utilización del concepto de “*crisis económica*” por parte de la posición mayoritaria en el Tribunal Constitucional.

Es, por tanto, una oposición frontal a la manera y la forma en la que el Tribunal Constitucional se apoya en la “*crisis económica*” para fundamentar su argumentación y rechazar los óbices de constitucionalidad señalados. Es, por ello, una crítica que pudiéramos considerar radical, en el sentido más etimológico del término, de pertenecer a la raíz del asunto. Y es, además, una crítica tanto al empleo del concepto en sí mismo, como a su utilización como complemento contextual de otras decisiones técnicas del propio Tribunal. Según la argumentación (implícita) del voto particular discrepante estas consideraciones técnicas serían consecuencia del incorrecto, indebido y abusivo empleo de la argumentación relacionada con la crisis. Es decir, se edifica (a su parecer) una argumentación técnica que tiene como premisa el empleo de un concepto de crisis económica que desenfoca la

.....

cuestiones que distan de ser coyunturales. Todas estas disposiciones del Gobierno con rango de ley se han convalidado, claro está, por el Congreso de los Diputados y únicamente en once casos se ha iniciado su tramitación como ley. Confiamos en que el sistema no se mantenga en lo que resta de la X Legislatura o en la siguiente. Es verdad que las estadísticas demuestran que todos los nuevos Gobierno comienzan llenando el ‘BOE’ de estas disposiciones y luego se van calmando, pero estos números no tienen parangón”. En palabras de GARCÍA ROCA, J., y MARTÍNEZ LAGO, M. A.: “El impacto de la crisis económica en nuestras dos constituciones”, Documentación Administrativa, núm. 1., ene.-dic. 2014.

propia hermenéutica laboral, introduciendo elementos extraños a la tradicional dinámica interpretativa de los derechos constitucionales en juego. Una oposición no solo frontal al sentir mayoritario del Tribunal, qué duda cabe, sino también a la labor legislativa que se ha desarrollado estos años de crisis económica.

Concordancia.- Ya en la STC 119/2014 el mismo Magistrado había esbozado los fundamentos de su interpretación que ahora enuncia con mayor fecundidad y extensión¹³. Aunque en esa ocasión no se refería expresamente a la creación de este singular canon de constitucional que ahora desarrolla con mucha mayor carga argumentativa, andamiaje conceptual y claridad expositiva, sí es cierto que deslizaba algunas ideas sobre el tipo de argumentación que despliega el propio Tribunal en el sentir mayoritario que conviene repasar y enunciar cuidadosamente, pues, en una lógica dinámica, forman parte del todo argumental de su enmienda a la totalidad a la reforma laboral de 2012 y a la opinión que al respecto tiene el parecer mayoritario del Tribunal Constitucional.

En la STC 119/2014 el VP precisaba que *“la más consistente de mis divergencias”* con la Sentencia de la mayoría se proyecta sobre la justificación que utiliza la sentencia para entender constitucional la imposición de un laudo obligatorio por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando el Tribunal entiende que *“son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo”*¹⁴. Entiende el Magistrado que una argumentación como esta *“no me parece de recibo en el marco de un Estado social y democrático de Derecho o, por formular la idea en términos menos solemnes, en el marco de una economía social de mercado”*. Se afirma reconocer que *“la defensa de la competitividad y de la viabilidad del tejido económico productivo, en su conjunto, contribuye al progreso económico de España y, en atención a ello, los poderes públicos pueden adoptar medidas de promoción de ese objetivo”*, pero se disiente con *“la atribución de la naturaleza de intereses constitucionalmente protegidos a intereses de matriz exquisitamente privada, como son la competitividad y la viabilidad de cada empresa en particular”*, porque el *“ejercicio de las facultades de creación y gestión de su empresa (art. 38 CE), pertenece al ámbito*

.....

13 A su vez, el mismo Magistrado discrepante, al que también se adhirieron los mismos Magistrados que lo hacen ahora a este, formuló un voto particular al ATC 43/2014, de 12 de febrero que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 3/2012. El parecer mayoritario de la Sala impuso la inadmisión de la cuestión, y el Magistrado discrepante pretendía su admisión, esencialmente porque no se cumplían los presupuestos constitucionales para legislar mediante Real Decreto-ley, como se analizará con más detalle *infra*, en el lugar oportuno.

14 Un comentario a dicho voto particular puede leerse en DE VAL TENA, A. L.: “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio”, en Foro (Nueva época), Vol. 17, Núm. 2 (2014), p. 465 y ss.

Otro comentario, más ligado al novedoso canon de constitucionalidad que estamos comentando, es el de REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, Teoría y realidad constitucional, núm. 36 (2015), pp. 417-440.

de la libertad del empresario” que puede adoptar todas aquellas medidas que le “sitúen en las mejores condiciones posibles de competitividad en el mercado, pudiendo a tal fin beneficiarse de las ayudas de muy variada índole que el legislador... / ...haya previsto y debiendo en todo caso conciliar esas decisiones con el respeto a los derechos laborales que la economía social de mercado comporta”¹⁵.

Tesis central.- Lo que se pretende -según su apreciación- es elaborar un contexto normativo en donde situar en el fiel de la balanza interpretativa los dos derechos constitucionales invocados, art. 35 y art. 38, para concretar en qué medida la norma cuya constitucionalidad se enjuicia en este momento guarda un equilibrado respecto entre ambos preceptos y su interpretación constitucional sistemática e integradora. Deposita aquí un argumento que más tarde recogerá en la S TC 8/2015, de 22 de enero, con el propósito de desacreditar el parecer interpretativo de la mayoría del Tribunal. Pero no un argumento técnico de precisión, o sobre un aspecto concreto de constitucionalidad de una norma legal. No, el razonamiento que despliega lo es sobre la propia idiosincrasia de la naturaleza argumentativa del Tribunal, sobre la base de su razonamiento mayoritario, sobre la piedra en la que más tarde, para cada concreta argumentación técnica: el período de prueba en el contrato de emprendedores, el establecimiento de un arbitraje obligatorio en supuestos de descuelgue sobre algunas materias, etc., se apoya la mayoría del Tribunal para dar por buena la prueba de constitucionalidad a la que someten a todas las normas impugnadas ante el Tribunal Constitucional.

No es que dicho escenario acompañe al razonamiento jurídico, que sirva de asidero contextual o de singular y particular muleta interpretativa al juicio de constitucionalidad característico del quehacer del Tribunal Constitucional. No. Es que la crisis, como tal, con todas sus extensiones y ramificaciones, penetra en la lógica interna de la interpretación jurídica y constitucional para formar parte, junto con otros argumentos jurídico-técnicos, de lo que pudiéramos denominar ‘núcleo duro’ de la hermenéutica constitucional. Estas interpretaciones, se afirma, “*utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE -por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III- acordadas por el legislador*”. No es, apréciense bien, según esta observación, que la crisis económica sirva para enmarcar la dinámica normativa y ordenancista de una medida legal concreta, algo por otra parte totalmente legítimo, e incluso

.....

15 Pero lo que resulta de todo punto inaceptable -continúa el Magistrado discrepante- es que la “*elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas pueda terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa y la defensa de la productividad por los poderes públicos que el art. 38 CE sanciona*”.

deseable. Es algo más profundo. Pretende erigirse en un mecanismo (más) balanceador de los intereses constitucionales en juego. De forma gráfica puede resumirse el sentido de su voto particular de la siguiente manera: el empleo que se hace de la crisis económica como argumento interpretativo introduce en el tradicional juicio constitucional de proporcionalidad un nuevo elemento, el económico, para que forme parte del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. No lo expresa de forma tan cruda, tan nítida y evidente, pues dicho juicio de proporcionalidad se despliega no tanto en el enjuiciamiento constitucional de las leyes (recursos de inconstitucionalidad) sino más propiamente en el enjuiciamiento de la legalidad constitucional de una orden o mandato empresarial restrictivo de derechos fundamentales del trabajador (recursos de amparo). No se afirma, por nuestra parte, que el recurso a la hermenéutica constitucional del principio de proporcionalidad solo se desarrolle en recursos de inconstitucionalidad, sino más propiamente subrayar que es éste su ámbito más propio y natural.

Relevancia.- Esta tesis rechaza, en definitiva, que pueda formar parte del canon de constitucionalidad con el que se enjuicia la bondad constitucional de una norma aspectos que tengan que ver con argumentaciones de tipo economicista, de protección del mercado o viabilidad empresarial. El grueso esencial del voto particular a la STC 80/2015, de 24 de febrero se apoya, al menos en parte, en el voto particular expresado en la STC 119/2014, de 15 de agosto¹⁶, al que recurre y sirve de apoyatura para edificar una construcción argumental muy elaborada.

Se ha dicho que son Votos de una “inusual dureza verbal”, no “habitual” entre las opiniones discrepantes¹⁷, en donde se acusa a la mayoría del Tribunal, entre otras cuestiones, de conducirse con una “*desmesurada servidumbre argumental con la STC 119/2014*” (pág. 142), y de “*descontextualizar la jurisprudencia sentada por este Tribunal*” (pág. 145)¹⁸.

Desde luego los votos particulares están pulcramente contruidos, con un andamiaje conceptual apabullante y un nivel de detalle más que notable. Han suscitado notable entusiasmo en diversos sectores¹⁹, y auguran, probablemente, más “*choques*” dialécticos

.....

16 Reiterado, a su vez, por remisión en la STC 140/2015, de 22 de junio, que trata, como en aquella, sobre la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, decidiendo la mayoría del Tribunal en idéntico sentido que la resolución citada.

17 En palabras de GÓMEZ GARRIDO, que añade a continuación que se ignora “si se quiere inaugurar un nuevo estilo más cercano a las enfáticas sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que particularmente cuando se enfrenta a problemas de alcance constitucional, desatan una expresividad a la que estamos poco acostumbrados en nuestra cultura jurídica, a pesar de lo refrescante y vivificante que resulta”. GÓMEZ GARRIDO, L. M^a.: “Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tiempos de crisis”, nREDT, núm. 178, jul. 2015.

18 Incluso reprocha el empleo de alguna sentencia del propio Tribunal como antecedente argumentativo. En concreto cuando se emplea la STC 198/2012 cuando precisa que “*no corresponde a este Tribunal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles*”. Entiende el magistrado discrepante que el entorno temático de esta resolución, relativo a la ley reguladora del matrimonio de personas del mismo sexo, no puede ser traído a colación para el enjuiciamiento de una norma laboral.

19 Sobre todo ante el desagrado que provoca la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Así, por ejem-

en el seno del Tribunal Constitucional, propiciando, además, un rito debate iuslaboralista.

Pero lo más trascendente desde el punto de vista de la argumentación constitucional es que su disenso del sentir mayoritario no es lo en sentido estricto con la interpretación deducida por la mayoría, que también, sino principalmente con “*el tipo de juicio que la sentencia de la mayoría utiliza para fundamentar la regularidad constitucionalidad de los preceptos sometidos a su examen*” (pág. 140), no tanto, en definitiva, con la deducción lógica que se deduce de los argumentos debatidos y finalmente empleados, la constitucionalidad o no de la norma impugnada, sino más propiamente con el tipo de razonamiento que se emplea para llegar a las conclusiones obtenidas y, de ellos, concluir la constitucionalidad de la medida.

Entiende el Magistrado discrepante que la STC 119/2014 “*inauguró en los razonamientos de la doctrina de este Tribunal un novedoso canon de constitucionalidad*”, que la sentencia de la mayoría hace ahora suyo e integra “*con normalidad*”. Dicho canon novedoso ha consistido en “*eleva a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años*”.

El juicio de proporcionalidad.- Muy esquemáticamente enunciado el juicio de proporcionalidad pretende implementar una solución, caso por caso, para cada cuestión enjuiciada en sede constitucional, teniendo presente, de un lado, la restricción empresarial del derecho fundamental del trabajador (ahora cuestionada en sede constitucional, ahora mediante el mecanismo del recurso de inconstitucionalidad) y, de otro, el sacrificio que experimentaría dicho derecho si el trabajador aquietase su comportamiento a la restricción empresarial pretendida. La cuestión, desde un punto de vista práctico, se centra en realizar los tres consecutivos pasos intelectivos que se conocen como juicio de proporcionalidad²⁰.



plo, TAPIA entiende que la resolución mayoritaria del Tribunal pretende “*desmantelar el valor constitucional del Derecho del Trabajo y sus instituciones, muy especialmente de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva*” añadiendo como corolario que la “*operación legal de ‘desconstitucionalización’ del Derecho del Trabajo, es una operación que acompaña en el campo del derecho, el desmantelamiento real del Estado del Bienestar, las políticas de ajuste y recorte presupuestario, la amenaza a las libertades públicas y muy especialmente al derecho de manifestación y el derecho de huelga, y el ataque al sindicalismo*”. TAPIA, J. M.: “La sentencia 8/2015, del Tribunal Constitucional y la “desconstitucionalización” del Derecho del Trabajo”, <http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/butjur-157.pdf>.

El voto particular se llega a considerar, con excesivo entusiasmo, como una auténtica “contrasentencia”. En el decir de SENRA BIEDMA, R.: “El derecho del trabajo de la crisis y la crisis del derecho del trabajo el recurso de inconstitucionalidad del parlamento de navarra contra varios preceptos de la reforma laboral 2012. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional (pleno) 119/2014, de 16 julio”, IUSLabor 3/2014, en: <file:///Users/imac/Downloads/285074-392713-1-SM.pdf>

20 Sobre el particular existe una ingente jurisprudencia Constitucional, véase como ejemplos gráficos que sirvieron de basamento para la construcción de esta doctrina las SS TC 292/1993, de 18 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 16 de enero; 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 136/1996, de 23 de julio; 207/1996,

Debe subrayarse que el escenario sobre el que se proyecta este juicio es el de una cuestionada restricción de los derechos fundamentales que es necesario corregir, en la medida en que *“la desigual distribución del poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”* (S TC 129/1989, de 17 de julio). Por ello debe apreciarse, en primer lugar, si la medida restrictiva del derecho fundamental cuestionado es, en sí misma, *“susceptible de conseguir el objetivo propuesto”*, es decir, si desplegada en toda su intensidad por sí misma es capaz de lograr lo que se pretende con su utilización, teniendo presente especialmente que no se utilicen medios restrictivos de los Derechos Fundamentales de los trabajadores que no consigan, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la tutela del interés empresarial pretendido (SSTC 20/2002, de 28 de enero, y 213/2002, de 11 de noviembre). Es lo que se denomina *‘juicio de idoneidad’*, que se proyecta en abstracto sobre la medida empresarial en sí misma apreciada, considerada en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores.

En segundo lugar, debe cuestionarse si existen otras eventuales limitaciones más moderadas del derecho fundamental cuestionado que aseguren, con idéntica eficacia, el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral y el ejercicio del derecho fundamental en liza. Esto es lo que se denomina, *‘juicio de necesidad’*, y lo que pretende es cuestionar si *“los requerimientos organizativos que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos [derechos fundamentales] deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”* (STC 99/1994, de 11 de abril)²¹.

Y, en tercer lugar y último lugar, debe valorarse si la medida empresarial restrictiva del Derecho Fundamental es ponderada, en el sentido de que se deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Esto es lo que se denomina *‘juicio de proporcionalidad en sentido estricto’* (S TC 66/1995, de 8 de mayo)²², y sobre él es sobre el que se edifica la construcción argumental del voto particular discrepante que estamos analizando, apreciando y denunciando cómo la mayoría del Tribunal -al juicio de los magistrados firmantes del voto particular- ha incrustado la variable de la crisis económica como criterio medular para la apreciación de este parámetro interpretativo.



de 16 de diciembre; 6/1998, de 13 de enero; 37/1998, de 17 de febrero; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 24 de julio; y 14/2003, de 28 de enero.

21 En el mismo sentido véanse, entre otras muchas, por ejemplo: las SS TC 186/1996, de 25 de noviembre y la 126/2003, de 30 de junio.

22 Véase también las SS TC 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre, y 37/1998, de 17 de febrero.

Doble juicio de constitucionalidad.- Entiende que este proceder, esta introducción en el Principio de Proporcionalidad de la variable económica, tiene unas “*consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales*”, porque según el corolario que se podría deducir de esta interpretación los derechos sociales constitucionales se van a encontrar sujetos “*a un doble juicio de constitucionalidad*”, el tradicional u ordinario característico y común ya conocido, y otro segundo, este novedoso que estamos tratando, de “*naturaleza extraordinaria*”, que se activa solamente en situaciones de crisis económica, que puede tener una “*devastadora potencialidad sobre el desarrollo y consolidación del Estado Social*”, pues puede llegar a confundir la labor del legislador ordinario con la propia del “*legislador constituyente*”.

Es cierto, como reconoce expresamente el voto particular, que la crisis económica “*puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales*”, alterando lo que se considera “*contenido esencial*” de los derechos fundamentales. Pero tal circunstancia no puede alterar las “*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito*”, desnaturalizándolo y haciéndole perder su fisonomía característica. En definitiva, que la modulación de los derechos fundamentales por la crisis económica es un problema de límites, de matices.

Entiende al respecto, de manera gráfica, que el “*límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser... / ...único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a results del ciclo económico*”. Ciertamente, continúa el voto particular, “*el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico*”, pero dicha “*maleabilidad*” no debe ser “*predicable de su contenido esencial*” que debe dotarse de una “*estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica*”. Obviamente esto sitúa el límites de los límites -empleando su terminología- en un modelo estático poco moldeable, poco adaptable, rígido y pétreo, como poroso, en definitiva, a la realidad del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas.

El contenido esencial de la labor del intérprete máximo de la Constitución es identificar el contenido esencial del derecho fundamental, porque -continúa- solo así “*una medida legal podrá ser o no calificada como lesiva de un derecho fundamental, libertad pública o derecho cívico*”. Por eso califica como “*llamativo*” e “*inquietante*” que la sentencia de la que discrepa haya “*omitido la más ligera alusión al contenido esencial de dos de los derechos fundamentales*” controvertidos, lo que supone, sin más, según su parecer, una “*negación implícita de la propia vigencia en los derechos cuestionados*”. Porque lo que sí se encarga de subrayar constantemente el parecer mayoritario del Tribunal en la sentencia de la que discrepa es que los derechos fundamentales analizados son “*de configuración legal*”, con lo que, de una manera u otra, se rebaja su relevancia constitucional, su impor-

tancia en la pirámide de derechos que conforma la Constitución. El Magistrado discrepante entiende, al contrario, que esta particularidad en nada influye en el límite que el texto constitucional impone, es decir, en el necesario “*respeto al contenido esencial*” del Derecho.

De una manera u otra se desliza la idea de que el legislador al introducir una variable de apreciación económica, variable con las circunstancias en las que se desenvuelve por definición, está alterando el contenido normativo esencial del derecho constitucional, operación legislativa proscrita por el juego característico del ejercicio del poder legislativo. De esta manera, de esta forma, con esta resolución mayoritaria del Tribunal Constitucional se da carta de naturaleza constitucional a esta forma de matizar el contenido legal del derecho constitucional al trabajo. Y lo que pretende el voto particular es salir al paso de esta práctica que erosiona el contenido esencial del derecho, considerando dicho proceder legislativo contrario a la Constitución.

Funcionalidad novedosa.- Un problema adicional que presenta este nuevo canon de proporcionalidad introducido por la mayoría del Tribunal es que dicho juicio de proporcionalidad tradicionalmente se ha articulado generalmente en situaciones de conflicto entre varios derechos fundamentales. De tal suerte que ahora dicho canon se predica para enjuiciar la constitucional de la labor legislativa ordinaria, es decir, se ha desplazado de forma “*deliberada*” desde el ámbito del conflicto entre derechos de orden constitucional hacia el ámbito de la legalidad ordinaria para “*avaluar las, a veces, disimuladas o encubiertas extralimitaciones constitucionales de la reforma laboral*”, insinuando un proceder deliberado de la mayoría del Tribunal desconectado de los debates y discusiones habidos en el seno del Tribunal. Con ello, en realidad, el Tribunal Constitucional -entiende el Magistrado discrepante- está conduciéndose con criterios de legalidad ordinaria, es decir, que mediante el recurso al empleo del canon novedoso de atención a las circunstancias económicas se está desplazando el foco de atención desde el plano de constitucionalidad, que es, en puridad, la labor constitucional propiamente dicha, a la que se debe el tribunal, hacia el plano de la legalidad ordinaria, quedando desacreditado no solo el sentido mayoritario del Tribunal, sino también, lo cual es mucho más importante, la propia función institucional que tiene encomendada el Tribunal. Con un propósito, cuanto menos irónico, entiende que la mayoría del Tribunal “*instala su razonamiento en el plano de la más estricta legalidad infraconstitucional*” (pág. 145). Pone para ello varios ejemplos: el razonamiento que despliega el tribunal con respecto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y la argumentación sobre la causa colectiva de extinción del contrato de trabajo.

El desplazamiento que hace la sentencia mayoritaria -según continúa afirmando el voto discrepante- desde el juicio de constitucionalidad hacia el de legalidad ordinaria no solo

pretende afirmar y subrayar la incorrecta visión del problema de la mayoría del Tribunal, sino constatar los peligros que de dicha doctrina novedosa se deducen. Esencialmente la pérdida de sentido de la expresión ‘núcleo duro’ del derecho constitucional, identificándolo con el contenido esencial que lo hace reconocible en todo tiempo y lugar, y bajo cualquier situación o contexto. La consecuencia que se deduce de este parecer es que el proceder del Tribunal se “*sustituye por un mero análisis de justificación no arbitraria y razonable de la medida legal controvertida, análisis este más propio de la presunta violación por una norma legal del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) que de las limitaciones impuestas al ejercicio de derechos constitucionales, amparados por la garantía del respeto al contenido esencial*”.

4. REGRESIVIDAD Y NEOHERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Recapitulación.- En clave muy esquemática puede resumirse el parecer discrepante de los votos particulares en tres precisas y sencillas premisas:

La mayoría del Tribunal ha erigido a la crisis económica en un parámetro más de valoración constitucional de las medidas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Se niega, categóricamente, que los derechos sociales constitucionales relacionados con el ámbito laboral sean (prioritariamente) de configuración legal, es decir, que su núcleo duro, aquella fisonomía propia que los hace reconocibles en todo tiempo y lugar, debe jugar un papel determinante en la determinación de su concreción legal, de lo que se deduce que el legislador ordinario no tiene tanto margen de actuación legislativa como en un derecho constitucional de configuración legal, viendo constreñido por la interpretación estricta que se deduce de la doctrina que emana del Tribunal Constitucional.

El papel del enjuiciamiento constitucional de las medidas legislativas ha quedado reducido -según su crítica- a una mera y singular apreciación de las causas justificativas de la modificación legislativa, por lo que la labor del Tribunal Constitucional se diluye en un ejercicio hermenéutico prácticamente similar al que efectúa la jurisdicción ordinaria, circunstancia con la que se muestra particularmente crítico.

Subsistencia del Derecho Laboral.- Que existan sólido argumentos para cuestionar la validez del parámetro de la crisis como canon de constitucionalidad no implica que se

desemboque en la muerte del Derecho del Trabajo²³. Cosa distinta es que hayamos asistido a una regresión en el nivel de diversos derechos sociales, varios de ellos con relevancia constitucional.

Una cosa es que el Tribunal Constitucional exija, con vehemencia y rotundidad, que la legislación positiva respete los límites que se deducen del núcleo duro de un derecho constitucional, y otra bien distinta que sea el encargado de concretar cuál debe ser la fisonomía legal de dichos derechos, especialmente aquellos, como ocurre con el Derecho del Trabajo, de amplia configuración legal y que carecen de unas exigencias constitucionales exhaustivas que obligue a implementar una hermenéutica restrictiva de la labor legislativa en virtud de los imperativos constitucionales categóricos que se deduzcan del texto constitucional.

Pero es que, además, el Tribunal Constitucional, “ha admitido siempre la potestad del legislador para establecer, en un nivel determinado y, por supuesto cambiante, el contenido económico de los derechos de los ciudadanos, lo que coincide con decir que la regulación legal inicial no congela los derechos derivados de la misma, imponiendo una regulación posterior necesariamente más alta”, porque, además, la propia “doctrina constitucional atribuye particular significado, a la hora de justificar restricciones o limitaciones legales de trascendencia económica, a la ‘coyuntura económica del momento (sentencias del pleno 134/87, y 83/93, e incluso 134/11) y difícil será encontrar en la historia de los últimos cien años una coyuntura económica más grave que la actualmente instala en España”²⁴.

Límites a la regresión.- Obviamente hay, como es razonable deducir, límites (constitucionales que se imponen) al legislador laboral en la eventual reversibilidad de los derechos sociales, que naturalmente tienen que ser respetados, esencialmente dos²⁵.

En primer lugar, que con la actuación normativa el poder legislativo infrinja normas constitucionales imperativas, es decir, exigencias o mandatos directos que la Constitución impone al legislador ordinario. En segundo lugar, que dicho proceder normativo erosione -con virulencia o no, no es cuestión relevante en este momento- el ‘contenido esencial de

23 Parfraseando el título del último capítulo del excelente artículo de DE LA VILLA GIL, L. E.: “El derecho del trabajo, ¿ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 29, mayo de 2012, pp. 12.

24 Por expresarlo con las palabras de autoridad de DE LA VILLA GIL, L. E.: “El derecho del trabajo, ¿ha muerto...”, *ob. cit.*, pp. 9-10.

25 SALA SÁNCHEZ enuncia, agrupa y desarrolla estos límites alrededor de estos cinco ejes: “Límites derivados de la necesidad de un razonamiento o motivación ‘suficiente’ de la restricción; límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución; límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva; límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales; y limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales”. SALA SÁNCHEZ, P.: “La garantía constitucional de los Derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, Universidad de Valencia, Valencia, pp. 68 y ss.

los derechos constitucionales, lo que comúnmente se denomina ‘núcleo duro’ del derecho constitucional, aquellas particulares manifestaciones legales del mismo que hacen que el derecho en cuestión se presente, en todo tiempo y lugar, con unos perfiles reconocibles por sus destinatarios.

Pocos límites imperativos directos impone la constitución a los derechos de contenido social que estamos analizado, más allá de las expresas menciones al respecto que la norma legal tiene que patrocinar del derecho constitucional a “*la libre elección de profesión u oficio*”, a la “*promoción a través del trabajo*”, o a la “*remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia*”. Al margen de esta menciones, y la que se contienen en relación con la proscripción de “*discriminación por razón de sexo*”, y la exigencia de que la exista una norma laboral con reserva de nomenclatura denominada “*estatuto de los trabajadores*”, la Constitución no contiene provisiones demasiado exigentes para el legislador laboral, no impone límites rígidos y estrictos a su labor legislativa. Desde este punto de vista es razonable deducir del texto constitucional que el Derecho Constitucional al trabajo es, por más que se quiera ver de otra manera, un derecho de configuración legal, teniendo el legislador ordinario grandes facultades organizativas al respecto, enormes potencialidades en la regulación de la relación retribuida de servicios profesionales por cuenta ajena.

El contenido esencial de los derechos.- El problema más peliagudo, el que más problemática genera, tanto jurisdiccional como constitucional, es el relacionado con los márgenes del contenido esencial de los derechos constitucionales. Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión subjetiva e institucional que impone obligaciones efectivas, tanto a los privados como al poder público, para el logro del bien común²⁶. Así, para delimitar los derechos fundamentales no solo se debe atender a la facultad o exigencia individual que surge de estos derechos de ser ejercidos sin intromisiones públicas o privadas para garantizar su pleno desarrollo (dimensión subjetiva), sino también a la obligación de los poderes públicos de realizar acciones positivas para materializar su ejercicio y disfrute (dimensión institucional); y, al respeto que la administración y los particulares deben al ejercicio de estos derechos (efecto irradiación). Ello, con el fin de modular o ajustar su ejercicio a las particularidades propias de la relación jurídica y a las circunstancias concretas en que los derechos fundamentales deben ejercerse²⁷.

26 Al respecto: Vid. Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 31.

27 En el mismo sentido: Vid. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 24-25, DE DOMINGO, T., «Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, N° 56, 2007, p. 251, CARRILLO LÓPEZ, M., *La tutela de los derechos fundamentales en los Tribunales ordinarios (aplicación jurisdiccional de la ley 62/1978 de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 25, 26 y 29.

Solo delimitando adecuadamente el ejercicio de cada uno de los derechos en cuestión será posible concretar el alcance de su protección jurídica y, por ende, determinar si la actuación del trabajador o las facultades de control del empleador han sido llevadas a cabo con respecto absoluto de estos derechos fundamentales, sin necesidad de recurrir a una ponderación restrictiva de derechos, que lo único que hace es apartar la resolución del caso de los supuestos o hechos específicos que matizan sus alcances pues parte de precedentes condicionados que jerarquizan ciertos derechos a favor de otros con argumentos como: la trascendencia pública o el respeto a ciertas libertades preferidas, lo que puede dar como resultado, como veremos más adelante, a una solución injusta y no acorde, incluso, a Derecho²⁸.

Pero erigir dicho contenido esencial en una fórmula totémica que incluya en dicho núcleo duro cualquier doctrina constitucional sobre estos derechos es pervertir el significado mismo de qué debe entenderse por núcleo duro de un derecho constitucional. No puede identificarse como contenido esencial del derecho todas las perspectivas y matices dignos de apreciación constitucional por el Tribunal Constitucional. Porque el núcleo duro de un derecho fundamental se identifica, única y exclusivamente, con aquella regulación (legal) mínima que hace que el derecho sea reconocido como tal por la sociedad a la que se destina, de tal suerte que cualquier quiebra o erosión de dicho contenido mínimo le haga perder su fisonomía conceptual propia y característica. Téngase presente, además, aunque es una obviedad, que no todos los elementos que integran todos los aspectos o matices de los derechos laborales tienen sentencia constitucional que los ampare, proteja o interprete, de lo que se deduce que la concreción de cuál sea el contenido del núcleo duro de un derecho fundamental procede directamente de la Constitución, deriva de ella. En definitiva que las exigencias constitucionales que se imponen al legislador laboral no derivan, en sentido estricto, de la (toda) labor interpretativa del Tribunal Constitucional, sino de la propia Constitución. Es decir, que dicho núcleo duro viene determinado primariamente por las exigencias que la propia Constitución imponga al respecto.

Especificación del contenido esencial.- La averiguación de cuál sea éste para cada derecho de contenido laboral concreto dependerá, en primer lugar, de una variable esencial apriorística: del lugar que ocupe el derecho de que se trate en la pirámide evolutiva de derechos que la propia Constitución formula. Así, sin demasiadas sutilezas, no se yerra al afirmar que el canon que se implemente para “*los derechos fundamentales*” y “*las libertades públicas*” debe ser superior, más evolucionado y exigente, que el que se construya para los “*derechos y deberes de los ciudadanos*”. Y no está de más recordar que el Derecho al Trabajo

.....

28 APARICIO ALDAMA, R.K., *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales*, Aranzadi 2016, en prensa.

no es un derecho fundamental, como sí los son otros de inequívoca importación laboral, como lo es, por ejemplo, el derecho a la libertad sindical y al ejercicio de huelga.

Son dos, al menos, los concretos instrumentos técnicos que la Constitución suministra para averiguar cuál es el núcleo duro de un derecho constitucional. En primer lugar, lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución cuando impone que la interpretación de los Derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución enuncia debe realizarse de “conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Constituye ésta una fórmula jurídica que ayuda a ensanchar, de un lado, la tabla de derechos del ciudadano y de concertar, de otro, cual es el núcleo esencial de los derechos que la Constitución concede. Es una fórmula de limitada operatividad para aquellos derechos constitucionales no fundamentales, como lo es el derecho al trabajo ubicado en el art. 35 de la Constitución. Porque no es irrazonable pensar que en la búsqueda de cuál sea el núcleo duro de los derechos constitucionales no fundamentales pueda operar el canon hermenéutico que se deduce del art. 10.2 de la propia Constitución de distinta manera que para los que sí considerados fundamentales. Ello deja un margen amplio al legislador ordinario, pues la eventual eficacia restrictiva de los textos internacionales se centra con mayor intensidad en los derechos considerados fundamentales.

El otro límite, en segundo lugar, viene determinado por la mención que la propia Constitución realiza a “la dignidad de la persona”, que, según la fórmula que articula el art. 10.1 de la propia norma, es “fundamento del orden político y de la paz social”. Sin perjuicio “de reconocer la dificultad de dotar de un contenido jurídico-sustantivo el valor de la ‘dignidad humana’, es lo cierto, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional lo ha relacionado con límites mínimos infranqueables, incluso para el legislador propiamente dicho”²⁹. Es, desde luego, un canon sumamente elástico, aunque, a diferencia del parámetro anterior, es probable que también sea útil para aquellos derechos constitucionales no fundamentales, para aquellos derechos constitucionales de amplia configuración legal. Obviamente, aquí el desarrollo interpretativo que la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional ha desarrollado tiene mucho que decir al respecto, concretando y precisando qué debe entenderse por ‘dignidad humana’, y que proyección se deduce hacia los derechos de contenido laboral.

Libertad relativa del legislador.- Más allá del empleo de estos dos parámetros constitucionales, es difícil deducir cómo la Constitución puede disciplinar, constreñir y restringir las iniciativas legislativas y circunscribirlas al escueto ámbito de regulación únicamente de

.....

29 SALA SÁNCHEZ, P.: “La garantía constitucional...”, ob. cit., p. 72.

mejoras de contenido normativo. Porque no existe, no puede existir, una argumentación constitucional que condicione la iniciativa legislativa de manera que se impida cualquier modificación *in peius*, incluso de los derechos fundamentales. Y es aquí, en este punto, en donde la reversibilidad de derechos tiene que ser consentida como lógica manifestación de la iniciativa legislativa, que con la pluralidad de opciones garantizada constitucionalmente (art. 1), garantiza diferentes opciones al respecto.

No está de más recordar que aunque la dialéctica hermenéutica jurisdiccional y constitucional tiene matices diferenciadores nada desdeñables, es perfectamente predicable lo que ya se razonó con ocasión del voto particular que se emitió a la STS de 22/12/2014 (RCUD 264/2014) cuando se afirmaba que “no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias”, porque la “solución al problema... / ... no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar cierto resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debemos otorgar. Si la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) abocan a resolver un problema de modo determinado, el intérprete no puede alterar su conclusión porque le desagraden las consecuencias de ella. No cabe construir unos argumentos *ad casum* para alcanzar la solución deseada a costa de prescindir del mandato de las propias leyes”. Y esta argumentación sigue es válida -mutatis mutandis- para la labor constitucional cuando del enjuiciamiento constitucional de las normas laborales se trata. Porque, de un lado, es inevitable que la labor legislativa modifique o altere las normas laborales, porque no siempre queda claro qué es una mejora laboral, y porque, de otro, no todo canon de constitucionalidad, no toda sentencia del Tribunal Constitucional, forma parte del núcleo duro del derecho constitucional aplicable, que es único de obligado respeto para el legislador ordinario.

Reversibilidad y constitucionalidad.- La reversibilidad de los derechos sociales es, por tanto, perfectamente posible desde el plano constitucional que estamos tratando, como por otra parte se reconoce en los votos particulares que estamos analizando, y en otro voto particular de D. Fernando Valdés que emite, junto con D. Ignacio Ortega Álvarez, a la STC 49/2015, de 5 de marzo³⁰. Afirma al respecto, que no se defiende “*la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales*”, lo que “*vendría a significar que... / ...toda medida regresiva*” que afectara al contenido de una determinada regulación normativa “*estaría viciada de inconstitucionalidad*”. Es, por el contrario, plenamente consciente de que esta postura “*implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales*”, pluralismo que se encuentra

.....

30 Al que se adhirieron los Magistrados Dña. Adela Asua Batarrita y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

condicionado por varios factores, entre ellos, y de manera destacada, como afirma, “*las disponibilidades de medios*”.

Rechazada, por tanto, la irreversibilidad absoluta, el problema es de matices, de vislumbrar “*el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales*”, de concretar cuál es la línea a partir de la cual la irreversibilidad es inconstitucional. Para ello tendrá que tenerse en consideración tanto la “*la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta*” como “*la reversibilidad incondicionada*” que permita una libertad rotunda al legislador. En todo caso es bastante razonable concluir que “*la reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso*”. Es decir, si la reversibilidad de los derechos sociales es posible, en atención a las opciones que determina el pluralismo político, y las “*circunstancias sociales y económicas de cada momento*”, lo que parece razonable y constitucionalmente exigible es que se justifique la decisión restrictiva “*con respecto al nivel de protección previamente reconocido*”, lo que sitúa al legislador en la “*obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que, en ciertos aspectos, marca un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos*”. En definitiva, que el principio de irretroactividad “*no enuncia una interdicción absoluta de retroactividad de disposiciones*”, pero como contrapartida exige que se expongan las razones que determinan dicha reversibilidad.

5. REFLEXIONES FINALES

Salvado el obstáculo de la irreversibilidad de los derechos sociales, el problema jurídico se centra no tanto en el “*si*”, sino en el “*cómo*” y en hasta qué límites puede operar dicha reversibilidad, así como en apreciar, en definitiva, la justificación que el legislador expone y enuncia para ejercer dicha opción legislativa restrictiva.

El contexto socio-económico que se enuncia en las exposiciones de motivos de las normas, así como en las memorias normativas, puede servir para contextualizar las medidas legislativas que se adopten, apoyándose la hermenéutica en este tipo de instrumento jurídico no normativo sin óbice constitucional alguno. Que las explicaciones que de dichos instrumentos se deduzcan formen parte del criterio de proporcionalidad en sentido es-

tricto es una consecuencia obligada de la asunción de la premisa inicial. Porque no parece que pueda desarrollarse con total extensión y potencialidad la opción legislativa que se reconoce al poder político sin poder alterar, al menos en parte, la fisonomía nuclear de los derechos sociales³¹. Y, sobre todo, porque la protección legislativa que se dispensa a algunos derechos fundamentales sí lo puede ser en perjuicio o menoscabo de otros de igual entidad, siendo el encargado de establecer estos balanceos y contrapesos el propio legislador mediante su instrumento normativo, no el Tribunal Constitucional, que es el encargado de apreciar si en ese sacrificio de algún derecho fundamental el legislador ha lesionado el núcleo duro del mismo.

Más allá de los límites comentados *supra*, el legislador posee una gran capacidad en la modulación de los derechos sociales constitucionales, singularmente aquellos de configuración legal. Imponer rígidos corsés a la capacidad legislativa en esta materia no solo es inviable desde el punto de vista constitucional, sino que puede llegar a ser incluso contraproducente, pues una norma puede considerarse retrógrada en algunos aspectos del desarrollo de los derechos sociales y avanzada en otros. Un análisis material sustantivo que discriminase qué prescripciones no revierten derechos sociales y cuáles sí es una tarea alejada de lo que se pretende de la hermenéutica constitucional, encargada, solamente, de apreciar si dicha reversión lesiona o no el núcleo duro un derecho constitucional, que es cosa distinta.

El contexto socioeconómico debe ser tomado en consideración por la jurisprudencia (ordinaria y constitucional), no solo para realizar una correcta contextualización de los derechos sociales debatidos, sino para efectuar el tradicional balanceo de intereses entre derechos confrontados, formando parte de la dinámica hermenéutica en sentido estricto.

Existe, sin embargo, un límite formal a la plena labor legislativa en relación con los derechos fundamentales, adicional a los dos sustantivos comentados *supra*. Como muchas veces se ha dicho “*tres son las exigencias para un uso constitucionalmente adecuado del real decreto-ley*”. En primer lugar, el ejercicio de este poder legislativo excepcional debe “*estar justificado*” en razones de “*extraordinaria y urgente necesidad*” (art. 86.1 CE); en segundo lugar, “*su contenido no puede afectar, además de al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I*” (art. 86.1 CE) y, en

.....

31 GÓMEZ GARRIDO precisa en este punto que “con tal perspectiva el voto particular presenta sin lugar a dudas su mayor punto débil”, en la medida en que si “los derechos sociales pueden pivotar dentro de un ámbito material en atención a las opciones derivadas del pluralismo político, y de las necesidades del sistema, entonces mal puede situarse el Tribunal como árbitro de tales opciones políticas, intentando una modulación de opciones que no le ha sido atribuida por el sistema”. En definitiva, una “decisión será o no constitucional por otras razones... / ...pero no puede mitigarse simplemente porque quieran consolidarse de manera voluntarista contenidos ya incorporados al estado social, que son disponibles por su propia naturaleza”. GÓMEZ GARRIDO, L. M^a.: “Los pronunciamientos del Tribunal...”, ob cit.

tercer lugar, el texto final resultante debe “*someterse al Congreso de los Diputados para su debate y votación de totalidad, en el plazo de los treinta días siguientes al de su promulgación, con vistas a su convalidación o derogación (art. 86.2 CE)*”. El debate sobre la utilización de este instrumento pivota, esencialmente, sobre la aplicación de los dos primeros requisitos. En lo que importa al primero, conviene recordar que la doctrina del propio Tribunal Constitucional exige que el instrumento normativo evacuado identifique “*de manera clara, explícita y razonada*” la concurrencia de esa “*singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad*”, y en este proceder las exposiciones de motivos y las memorias normativas, es decir, los textos contextuales que se incorporan a las normas sin formar parte de su contenido normativo estricto, sí pueden desarrollar un papel muy importante.

Precisar en qué modo el contexto económico puede incidir en el alcance de los derechos laborales constituye una compleja tarea de modulación que requerirá, en todo caso, el cumplimiento de las siguientes exigencias.

Desde un punto de vista excluyente, no satisfacen la exigencia de contenido mínimo aquellas explicaciones que se dediquen a resumir el contenido del paquete normativo y a explicar los propósitos normativos. Debe anudarse a dicho propósito la razón que justifique la modificación propuesta (memoria normativa) u operada (exposición de motivos). También, por último, debe ser una explicación pormenorizada, en el sentido de satisfacer una mínima exigencia discursiva. Explicaciones que den por conocido un determinado escenario contextual o que presupongan cuál va a ser el resultado operacional una vez implementa la reforma no parece que pueden superar este listón exigible.

La explicación debe enmarcar, en fin, la medida propuesta en el contexto temporal en el que se va a promulgar, y exponer cuál es la razón por la que la medida, exclusivamente desde el punto de vista temporal, debe abordarse en este momento concreto y no esperar a su tramitación como norma parlamentaria en sentido estricto. Para el ámbito laboral también sería deseable que la explicación expusiese, al menos de manera laxa (quizá aquí la memoria normativa podría extenderse de manera más exhaustiva) los perjuicios que irroga la nueva normativa en supuestos de reversibilidad de derechos sociales y, a su vez, los beneficios que reporta para otros valores o derechos constitucionales en juego, legítimamente protegibles y amparables. Es decir, debería el legislador exponer que es consciente del sacrificio que irroga a los derechos fundamentales enunciando la razón que anida en su quehacer legislativo. Anticipando, por decirlo gráficamente, hasta cierto punto en su discurso explicativo, aunque no es el momento ni el lugar, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto característico del enjuiciamiento constitucional. De lo que se trataría, siguiendo esta línea discursiva, es de evidenciar que el legislador es consciente del perjuicio que ocasiona a los derechos sociales, justificando su minoración para priorizar otros valores y principios constitucionales.

Una cosa es consagrar el sometimiento de las normas laborales a la lógica economicista y otra mantener el alcance de los primeros al margen de la situación socioeconómica. Rechazar la interacción de esa realidad económica con el ámbito normativo laboral incluso puede llegar a ser contraproducente, por impedir el avance en otros derechos sociales.

La interpretación laboral, constitucional y ordinaria, debe permitir la operatividad de los valores socioeconómicos como motores de las reformas normativas. Lo que desde luego debe exigirse, especialmente en materia de derechos constitucionales, es que las razones de eficiencia económica que están en la base justificativa del legislador (especialmente el de urgencia) se expongan con toda la deseable pulcritud y extensión, tanto en las exposiciones de motivos como en las memorias normativas.

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular (Acreditado a Catedrático)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social