EL PAPEL DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. COMENTARIO A LA STC 119/2014

PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La STC 119/2014: objeto, motivos impugnatorios, fundamentación y fallo.
- III. El voto particular.
- IV. La incidencia de la crisis económica en el parámetro de enjuiciamiento elegido para resolver.

I. INTRODUCCIÓN¹

Con el paso del tiempo la crisis económica se está haciendo presente en ámbitos muy distintos a los que le son propios, donde a priori su mera mención resultaría impensable. Del plano social, convirtiendo a los vulnerables en más vulnerables e incorporando a sus filas a personas y colectivos que nunca pensaron verse en tal situación, al plano político, obligando a buscar soluciones, pasando por el plano jurídico, en el que se plasman normativamente las decisiones previamente adoptadas con el fin de superarla, ha dado sorpresivamente el salto a un

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto I+D «Inclusión activa y empleo de los grupos vulnerables» (DER 2013-47-917-C2-2-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y del que la autora es miembro del equipo investigador.

plano en principio tan ajeno como el jurisdiccional, o, más exactamente, el de la argumentación jurisdiccional, alcanzando al propio Tribunal Constitucional.

El ámbito laboral puede servir de ejemplo. En España la crisis económica ha ido acompañada de altísimos niveles de desempleo que han afectado a personas y grupos tradicionalmente vulnerables —mujeres, jóvenes, personas en situación de discapacidad—, pero también a otros que hasta ahora no habían sufrido mayores dificultades a la hora de acceder y mantener un puesto de trabajo con unas condiciones laborales dignas; incluso aquellos que han conservado su empleo han visto como a causa de la crisis se han incrementado de manera significativa los conflictos entre sus derechos como trabajadores y aquellos otros vinculados a la libertad de empresa. Políticamente, con mayor o menor fortuna, se ha intentado paliar esta situación con alternativas que, buscando salir de la crisis, estaban condicionadas por ella. Jurídicamente, el ordenamiento ha sido objeto de innumerables vaivenes con reformas, sobre todo legislativas, en las que los poderes públicos han apostado más por recortar que por reforzar los derechos cuando, sin embargo, esto más necesario parece. Y, por último, es a la jurisdicción constitucional a la que compete enjuiciar la validez, no la oportunidad, de las medidas legislativas que se adoptan, sin que el parámetro que ha de utilizar pueda ser otro que normativo y funcionalmente constitucional. Sin embargo, ahí está la novedad, no es esto, como veremos, lo que ha sucedido del todo en la STC 119/2014, de 16 de julio.

La STC 119/2014 tiene por objeto una reforma legislativa que afecta a uno de los campos más sensibles en estos tiempos de crisis y de elevadas cotas de paro como es el mercado laboral. Las circunstancias descritas abandonan el plano meramente contextual y adquieren tal protagonismo en la fundamentación de la sentencia que lo fáctico y coyuntural parece imponerse por sí sólo o cuanto menos condicionar la elección y el alcance del parámetro estrictamente jurídico que el Tribunal Constitucional toma como referencia a la hora de resolver y con ello la misma decisión, hasta el punto de dar la impresión de que en otra situación esta hubiera podido ser diferente.

En efecto, moviéndonos en lo normativo, cuando se trata de realizar, como en este caso, un juicio de constitucionalidad de medidas limitativas de derechos fundamentales, que, a tenor de una reiterada jurisprudencia constitucional, sólo resultarán admisibles de pretender salvaguardar de manera proporcionada otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, no parece lo más adecuado apoyarse en la ley impugnada más que en la Constitución y prescindir de realizar con todo detenimiento, como siempre se había hecho, el test que permite acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas enjuiciadas, posiblemente a causa del relevante papel que se ha concedido al marco económico-social al que se ha hecho referencia. Los derechos fundamentales, según nos recuerda la sentencia, no son absolutos, pero tampoco lo es la actuación del legislador que en ningún caso con la coartada de una apertura constitucional en cuanto al modelo laboral y de unas circunstancias económicas adversas es libre de establecer cualquier regulación limitativa.

La reforma laboral ya había recibido no pocas críticas en el ámbito doctrinal²; desde la perspectiva que aquí nos preocupa, los propósitos que señala en su exposición de motivos parecía cumplirlos a costa de los derechos de los más vulnerables, pensemos, por ejemplo, en la amplia duración del periodo de prueba sin distinguos en cuanto a categorías laborales que ahora se impugna y que perjudica a los niveles más bajos o en las deducciones impositivas a la contratación de beneficiarios de prestaciones de desempleo, olvidando a los que ya no tienen acceso a ella. Del mismo modo, creemos, la sentencia tampoco quedará libre de polémica; así parece adelantarle el voto particular que se formula a la misma. Si, como en él se señala, el derecho al trabajo, «pieza esencial en el proceso de construcción del Estado social», exige a los poderes públicos «facilitar la creación, no de cualquier trabajo, sino, por expresarlo en los términos postulados por la OIT, de un trabajo «decente» o digno; esto es, un trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad y seguridad, que permita al trabajador el desarrollo de su personalidad y el respeto a su dignidad (art. 10.1 CE) en un marco jurídico en el que los derechos de los trabajadores sean reconocidos y activamente defendidos y los propios trabajadores cuenten con una adecuada protección social», el debate está servido.

En último término tras la impugnación de la ley y la respuesta del Constitucional late una cuestión más genérica que la de la constitucionalidad de las medidas concretas que se recurren, a la que, sin entrar en detalles, pues excede con mucho este comentario, no podemos dejar de hacer referencia; no es otra que la pregunta de si existe una prohibición de regresividad que impida al legislador reducir los niveles existentes de efectividad y de tutela de los derechos³. La res-

2 Son varios los constitucionalistas y muchos los laboristas que adelantándose a la Sentencia han valorado desde esta perspectiva la norma impugnada. Véase, entre los primeros, R. NARANJO DE LA CRUZ, «Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la reforma laboral de 2012. Perspectiva constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 89, 2014, pp. 91-134 o M. CARRILLO, «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social», *Revista catalana de dret públic*, n.º 46, 2013, pp. 47-72. Entre los segundos por citar sólo a algunos, A. MONTOYA MELGAR y J. GARCÍA MURCIA (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas/Thomson Reuters, 2012; VV.AA., *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 115. Monográfico sobre la reforma laboral de 2012, 2012; J. CRUZ VILLALÓN, «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», *Reforma Laboral 2012*, Lex Nova, 2012, pp. 385-413.; J. BAZ RODRÍGUEZ, J., «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la «flexi-inseguridad»», *Revista de Derecho Social*, n.º 59, 2012, pp. 87-115; J. PÉREZ REY, «El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo», *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012, pp. 51-70; B. SUÁREZ CORUJO, «Ruptura laboral y posibles aspectos inconstitucionales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 31, 2012.

3 Sobre el principio de prohibición de regresividad, vinculado al deber de progresividad impuesto por el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, como garantía que «impone al Estado la obligación de no empeorar las condiciones normativas existentes en un ordenamiento y una obligación de mejorar para asegurar un contexto cada vez más favorable al disfrute de una vida digna» y su uso por los Tribunales Constitucionales alemán y portugués, puede verse I. W. SARLET, «Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis», en M. A. PRESNO LINERA (coord.), *Procura, Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, n.º 2, p. 63 y ss.

puesta del Tribunal Constitucional, aunque implícita, es inequívoca a favor de la libertad decisoria del legislador a la hora de concretar normativamente las decisiones políticas, incluso restrictivas de derechos, que se quieran adoptar debido a la crisis o a cualquier otro motivo, siempre que respeten los límites constitucionalmente establecidos. Indudablemente la eficacia de los derechos de carácter social, en muchos casos prestacionales, se ve afectada en situaciones en que escaseen los recursos económicos necesarios para sufragar tales prestaciones y al Estado le corresponde decidir motivadamente a qué va a dedicarlos, debiendo asegurar en lo posible el mantenimiento de las cotas de garantía alcanzadas y en todo caso sin que pueda vaciar ni privar completamente de efectividad al contenido esencial del derecho⁴; del mismo modo sucede, cuando sin incidir en el gasto público, se realicen políticas que reordenen los recursos y medios existentes. Si la adopción de estas medidas limitativas de derechos económico-sociales, provocadas por las circunstancias señaladas, debe compensarse, como doctrinalmente se sugiere, exigiendo al legislador un plus democrático que incremente el debate, la motivación, la publicidad y la transparencia en la toma de estas decisiones tan sensibles, también, a nuestro entender, habría que reclamar en el plano jurisdiccional un control riguroso pro derechos de la ley limitativa en términos de razonabilidad y proporcionalidad, que en la Sentencia de nuestro análisis, como se tratará de mostrar, en ocasiones se echa en falta⁵. Con ello sufre el Estado social, los derechos fundamentales a él vinculados y los ciudadanos, en este caso los trabajadores, ya de por sí en una posición de debilidad en las relaciones laborales, sin descartar el riesgo de que esta línea argumental que, como se verá en las páginas que siguen, convierte a la crisis en elemento determinante a la hora de resolver, pueda calar y tener su continuidad en posteriores sentencias donde estén en juego la salvaguarda de derechos sociales de otros colectivos vulnerables.

II. LA STC 119/2014: OBJETO, MOTIVOS IMPUGNATORIOS, FUNDAMENTACIÓN Y FALLO

La sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra los Arts. 4.3, 14.1 y 14.3 de la Ley estatal 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. El objeto

⁴ Sobre esta «reserva de lo posible», según terminología alemana, que supone una disponibilidad fáctica y jurídica de recursos para hacer frente a las prestaciones proporcionales que requieren la efectividad de los derechos sociales, véase también I. W. SARLET, «Los derechos sociales...», ob. cit., p. 52 y ss.

⁵ Esta y no una estricta prohibición de ajustes sería la consecuencia del principio anteriormente apuntado de prohibición de regresividad, según I. W. SARLET, «Los derechos sociales...», ob. cit., p. 63 y ss., para impedir una «supresión o restricción que afecte al núcleo esencial legislativamente desarrollado» del derecho a asegurar que la decisión legislativa «deba asegurar con un mínimo de eficacia jurídica la garantía del derecho a un mínimo de existencia digna en todo caso».

impugnado era en origen más amplio, pues, además de los citados, incluía al art. 14.2 y a la Disposición adicional 5.^a de la Ley, cuyo control el Tribunal Constitucional descartó, al considerar que fue el Letrado del Parlamento navarro, y no éste último como único legitimado, quien indebidamente extendió por conexión a estos preceptos el recurso, sin ni siquiera explicar, a mayor abundamiento, el motivo de su inconstitucionalidad. Las razones sí se explicitan para el resto de artículos impugnados, al entender que vulneran los derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, a la libertad sindical, al trabajo y a la negociación y al conflicto colectivo reconocidos en los Arts. 14, 24, 28, 35 y 37 CE.

1. La duración del periodo de prueba

El primero de los Artículos recurridos, el art. 4.3, establece que la duración del periodo de prueba del nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores en empresas de menos de 50 trabajadores será de 1 año en todo caso, independientemente de la cualificación o de la categoría profesional del trabajador.

El Tribunal Constitucional avala su constitucionalidad, sin entrar a valorar si realmente el periodo de prueba impugnado se ajusta a su definición por el art. 14 Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) como «periodo necesario para la realización de determinadas experiencias que constituyen el objeto del contrato», apelando precisamente a que la institución es de configuración legal y no está prevista en la Constitución. De las propias palabras del Tribunal parece desprenderse que el periodo de prueba objeto de análisis no encaja exactamente en esa definición legal, pues, como la propia Ley impugnada reconoce y el Tribunal recuerda, su objeto y finalidad, lejos de servir para «poder constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado», se pone al servicio del «fomento de la contratación indefinida y de la creación de empleo estable por empresas de menos de 50 trabajadores, al tiempo que potencia la iniciativa empresarial».

A juicio del Constitucional el derecho del trabajo, que asegura la continuidad o la estabilidad en el empleo e impide el despido sin justa causa y la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese, no se ve afectado en este caso, ya que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, el «desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato». Aún así, a renglón seguido, termina por reconocer la evidencia. Estamos ante «un mecanismo que habilita la extinción contractual ad nutum a iniciativa empresarial»; puede actuar como «una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo —mayor cuanto más amplia sea su duración—, y, por tal razón, entra en conexión con el art. 35.1 CE», que reconoce el derecho al trabajo.

Un derecho, por otra parte, que, como todos, no es absoluto y puede ser limitado razonable y proporcionadamente para «preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela», como «la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad» del art. 38 CE o el de realizar una política orientada al pleno empleo del art. 40.1 CE.

Eso es lo que aquí sucede en opinión del Tribunal, puesto que considera no sólo que la medida legislativa obedece a una finalidad legítima, como es la de «potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable» conforme al mandato del art. 40.1 CE, sino también que estamos ante una medida razonable y proporcionada. El test de proporcionalidad que debe acompañar a tal afirmación para acreditar su certeza brilla por su ausencia y de la regulación legal de la medida constata que la «facultad de desistimiento empresarial durante un período de prueba de 1 año, queda sujeta a importantes limitaciones», como su carácter coyuntural en tanto «sólo» resultará de aplicación hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%; su aplicación en empresas de menos de 50 trabajadores, aunque, como indica la propia ley, estas superan el 99% de las existentes; la exigencia de no alterar el nivel de empleo durante al menos 1 año y de mantener en el empleo al propio trabajador contratado durante al menos 3 años para acceder a las deducciones fiscales y a las bonificaciones en la cotización de la seguridad social que conlleva la celebración de este contrato; la posible compatibilidad del salario con prestaciones por desempleo o el reconocimiento de que tras la superación de dicho período de prueba se consolidará con plenos efectos la condición de trabajador indefinido en la empresa. Todo ello hace que la medida, «en la coyuntura económica que se ubica»⁶, supere el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad «entre el sacrificio que supone para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable».

Si la medida no vulnera el art. 35.1 CE, su duración indiferenciada, prescindiendo de la distinta cualificación profesional del trabajador, tampoco lesiona según el Tribunal el art. 14 CE atendiendo a la finalidad que persigue, verificar si el puesto de trabajo es sostenible en el tiempo. Del mismo modo la obligada duración por 1 año del periodo de prueba no viola el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE, que, si bien comprende la libertad de estipulación dentro de la libertad de contratación, puede verse «limitada por la ley en cuanto a las materias objeto de negociación o el sentido en que pueden ser reguladas por la autonomía colectiva», ya que a ella remite la Constitución para «garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios». La Constitución no reserva la materia laboral a la autonomía colectiva, de modo que

6 La cursiva es nuestra.

el convenio sea la fuente que monopolice este campo. La ley también puede regularla y en ese caso, dada su superioridad jerárquica, el convenio debe respetar sus disposiciones, incluso aquellas que pudieran excluirle de «la regulación de un determinado aspecto», siempre que exista una justificación razonable y proporcionada, que en este supuesto concreto se hace coincidir con la que ya se ha expuesto con ocasión de los límites introducidos al art. 35.1 CE. No es otra que la de «potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable» *«en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo»*⁷ mediante la imposición legal de la duración por 1 año del periodo de prueba para impedir que «la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo y ya comentado objetivo». Por último, tampoco se aprecia infracción del art. 24.1 CE, pues frente al desistimiento del contrato por parte del empresario, el trabajador puede acudir a los Tribunales «para impugnar las decisiones no ajustadas al régimen jurídico establecido por la ley» o las «que se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador».

2. La «resurrección» de los laudos arbitrales

El art. 14.1 de la Ley, por su parte, atribuye a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos autonómicos equivalentes la facultad de acordar la inaplicación de lo pactado por los representantes de los trabajadores y los empresarios en un convenio colectivo de los previstos en el Título III LET, a solicitud de cualquiera de las partes, sin que sea necesario el acuerdo de la otra.

El Tribunal también considera constitucional este precepto, puesto que no es contrario ni a la fuerza vinculante de los convenios que el art. 37.1 reconoce, ni al ejercicio de la actividad sindical del art. 28.1 CE, ni al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

En contra de la opinión del recurrente la Constitución no consagra un único «modelo constitucional de relaciones laborales», ni de negociación colectiva; como en otros muchos casos la Constitución también es aquí un marco para diferentes opciones, de modo que el legislador «dispone, en consecuencia, de un amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta». Tras un breve recordatorio de la jurisprudencia constitucional en materia de negociación colectiva, que subraya, más allá de «la mera idea de libertad de negociación», el papel activo en su concreción que la Constitución encomienda al legislador, sin que ello ponga en cuestión la eficacia inmediata del derecho que el art. 37.1 reconoce; su integración en el contenido esencial del derecho de libertad sindical cuando es ejercida

⁷ La cursiva es nuestra.

por organizaciones sindicales; o el respeto que debe guardar el empresario «al resultado alcanzado en el correspondiente procedimiento de negociación y a su fuerza vinculante, así como la sujeción a los procedimientos de modificación convencional establecidos», el Tribunal admite la medida en un «contexto de crisis económica muy grave»⁸. De nuevo estima constitucionalmente legítima la finalidad de la norma impugnada, como es «posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en una empresa después de la aprobación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones» por el bloqueo generado por «la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de procedimientos extrajudiciales... para resolver estos desacuerdos» «pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo, cuya protección constituye un deber de los poderes públicos (Art. 40 CE)». En definitiva «son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir que la intervención decisoria o arbitral... goza de justificación legítima». Nada se objeta a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, ya que la inaplicación de las condiciones laborales convencionales por decisión de la Comisión de nuevo es sujeta a límites por la ley. Sólo tendrá lugar «cuando en la empresa concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»; en ningún caso supondrá la inaplicación en bloque de todo el convenio y únicamente podrá afectar a materias tasadas que la propia ley concreta vinculadas a la finalidad de la medida; su eficacia temporal será limitada y precisada por la decisión, sin que pueda «prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada»; su carácter será subsidiario, como último recurso sólo admisible de fracasar los cauces previos y preceptivos establecidos para resolver las discrepancias entre empresario y trabajadores «por ellos mismos o por los medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva»; y, por último la Comisión encargada de decidir, aunque adscrita al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ejercerá sus competencias con independencia y autonomía funcional, formando parte de la misma representantes de la Administración general del Estado y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que habrán de adoptar la decisión «preferentemente por consenso» o en su defecto por mayoría absoluta, sin perjuicio de su control judicial. Estas garantías moderan la limitación del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, haciéndola aceptable en términos de proporcionalidad «en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE» y sin que, a juicio del Constitucional, resulte equiparable a otros casos ya resueltos en sus SSTC 11/1981 y 92/1992, cuyas conclusiones entiende no son por ello aquí trasladables.

8 La cursiva es nuestra.

La tutela judicial efectiva tampoco es puesta en entredicho. El Tribunal interpreta que la ley prevé que la decisión de la Comisión adoptada en su seno o por un laudo arbitral sea sometida a un control judicial pleno, que no se limita a un juicio externo de carácter procedimental, alcanzando también a aspectos de fondo.

3. Convenios de empresa vs. Convenios de ámbito superior

El art. 14.3 contempla la aplicación prioritaria de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en una serie de materias, con la excepción de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales del art. 83.2 LET, así como también prevé que los convenios de empresa puedan ser negociados en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior.

Idéntica conclusión a favor de su constitucionalidad. No se entienden vulnerados ni el derecho a la negociación colectiva, ni la fuerza vinculante de los convenios, ni la libertad sindical. El Constitucional retoma argumentos manejados en fundamentos anteriores y que ya han sido expuestos con el debido detenimiento. El art. 37.1 no impone un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva y ello permite al legislador ordenar «los resultados del proceso de negociación» y establecer «las reglas de concurrencia y articulación de convenios», siguiendo la opción que «en cada momento considere más oportuna». La descentralización de la negociación colectiva elegida responde de nuevo a los objetivos de «defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo», por lo que su «finalidad es constitucionalmente legítima». A mayor abundamiento, la prioridad aplicativa del convenio de empresa «ni imposibilita la negociación colectiva de ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad, ni resta de eficacia normativa al convenio colectivo sectorial ya existente; este seguirá siendo válido y surtiendo efectos en su ámbito de aplicación», incluidas las empresas que negocian su propio convenio estando vigente el convenio sectorial. Tampoco posterga «la negociación colectiva de origen sindical», a la que por otra parte nada impide negociar convenios de empresa, ya que «del texto constitucional no se deduce que la negociación colectiva sindical haya de tener prioridad absoluta sobre la negociación colectiva realizada por otros representantes de los trabajadores».

III. EL VOTO PARTICULAR

La sentencia es objeto de un extenso voto particular formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren los Magistrados Adela Asua y Luis Ignacio Ortega, especialmente crítico con la decisión mayoritaria, no sólo por no compartir el fallo, que a su juicio debería haber declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos impugnados, sino por la argumentación

que en ella se ha sostenido, coincidiendo en algunos de los aspectos que en este comentario queremos destacar y yendo más allá en muchos otros que tan sólo dejamos apuntados.

El art. 37.1 CE garantiza el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos como derecho de libertad con una eficacia directa e inmediata y también encomienda su garantía al legislador sin establecer un modelo cerrado, lo que no significa que disfrute por ello de una libertad absoluta cuando ejerza su «deber de adoptar acciones positivas... que procuren promover de manera activa, real y efectiva la negociación colectiva y sus resultados». La libertad de estipular o de seleccionar las materias objeto de negociación y dotarlas de contenido sustantivo forma parte del derecho de negociación y puede ser restringida por el legislador para evitar colisiones con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Desde estos planteamientos generales, y siguiendo un orden distinto al de la Sentencia, se valora la constitucionalidad del art. 14.1 de la Ley 3/2012, que recordemos somete a laudo el desacuerdo en el procedimiento de inaplicación de un convenio colectivo estatutario. Crítica merece el uso como parámetro de constitucionalidad de conceptos económicos sin definición constitucional como el de «la salvaguarda de la competitividad y de la viabilidad empresarial... para favorecer el mantenimiento del empleo, al amparo de las determinaciones del art. 38 CE» e implícitamente del art. 40 CE, que parecen justificar una medida que tan sólo eventualmente puede servir a este objetivo. Los límites que el legislador introduce en un derecho fundamental deben respetar su contenido esencial y ser proporcionados cuando entran en colisión con otros derechos. En este caso la libertad de empresa del art. 38 CE no es uno de ellos, en tanto las normas laborales no tienen, a juicio de los firmantes del voto particular, una conexión directa y cierta con ella, puesto que afecta a la facultad de iniciar una actividad empresarial y ejercerla en condiciones de igualdad, protegiendo el art. 38 CE «la actividad económica en el mercado», «y no cualquier elemento que pueda incidir en la misma». Siendo así, las medidas adoptadas en la ley no chocan con ninguna de las manifestaciones del art. 38 CE, por lo que deberían ser enjuiciadas tan sólo atendiendo al respeto al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. No es esto lo que hace la Sentencia, entrando a enjuiciar la proporcionalidad del límite no a través del clásico test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sino del análisis del régimen legal de la medida, convirtiéndolo en un juicio de legalidad ordinaria del que derivan su razonabilidad y la imposibilidad de que le sea aplicable la jurisprudencia constitucional anteriormente sentada en la STC 11/1981, cuando, sin embargo, a juicio del voto particular, existe identidad en los supuestos de hecho. Este no es otro que la existencia, al margen de cual sea su composición, de un arbitraje público y obligatorio para resolver conflictos sobre la modificación de las condiciones de trabajo y la consiguiente lesión del art. 37 CE, ya que, según el diseño constitucional, el Estado debe «promover e incentivar el derecho a la negociación colectiva, ofreciendo a

los agentes sociales y económicos la posibilidad, que no la obligación, de acceder a instrumentos útiles para la solución de un conflicto», que ha de ser visto como «un elemento funcional y fisiológico, y en modo alguno patológico o disfuncional, al desarrollo económico y al progreso social». Esos instrumentos deben contemplar «fórmulas de equilibrio entre los valores e intereses generales y los valores e intereses particulares». Sólo excepcionalmente podría admitirse «una actividad sustitutiva del Estado en la negociación colectiva y en la solución del conflicto que esta tienda a solventar», justificada «en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven puede irrogar a los intereses generales», lo que no sucede «en el conflicto nacido del mero fracaso de los procesos de negociación del convenio», en donde no puede admitirse que haya «siempre y por hipótesis un interés general que defender».

El art. 14.3, que confiere prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa, también debiera haberse declarado inconstitucional, según el voto particular, por vulnerar los derechos de negociación colectiva del art. 37 CE y de libertad sindical del art. 28 CE. En su criterio una vez más la sentencia abunda en valoraciones de legalidad ordinaria para argumentar la constitucionalidad del precepto con base en la reiterada idea de que no existe un modelo constitucional de negociación colectiva, por lo que, al ser un derecho de configuración legal, es el legislador quien debe «ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios» parece que sin límite, vaciando con ello de contenido normativo al mismo derecho. El legislador, según los Magistrados disidentes, ha privado a «las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales más representativas, de ámbito estatal o autonómico, de la libertad de pactar, en un sentido acorde a sus intereses recíprocos, las reglas reguladoras tanto de la estructura negocial como de la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos que han de regir en un determinado sector o en un concreto ámbito territorial de alcance interprofesional», por lo que la cuestión a dilucidar no es centralización/ descentralización de la negociación colectiva, pues ambas opciones son constitucionalmente admisibles, sino la concreta regulación de la descentralización elegida. De la jurisprudencia constitucional se deriva «la especial protección negociadora de la que disfruta el sindicato a partir de la configuración del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical y la consideración del sindicato como único agente negociador cubierto por la libertad sindical», de modo que, como titular del derecho, «solo él puede, por lo mismo, invocar su violación». La disposición impugnada regula como norma «de derecho necesario absoluto, sustraído a la disponibilidad de la propia autonomía negocial, la prioridad aplicativa de los convenios de empresa», privando «a los sindicatos de una de las más relevantes manifestaciones del derecho de libertad sindical» sin causa razonable, ya que no se protege ningún derecho constitucional, por mucho que se apele a la defensa de la productividad mencionada en el art. 38 CE, ni tampoco el principio de seguridad jurídica, al que, por el contrario, «zarandea», al poner en entredicho el eje

vertebrador de la negociación colectiva: «la garantía de la vigencia aplicativa de las cláusulas pactadas». Por ello, a juicio del voto particular, se vulnera el derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE y la libertad sindical del art. 28 CE con una medida en la que el Estado no interviene, como exigiría la Constitución, para reequilibrar «la asimetría... de las posiciones de los trabajadores y sus representantes y de los empresarios y de los suyos», a fin de convertir la «economía de mercado en una economía social de mercado (9.2 CE), plasmando y haciendo realidad la configuración de nuestro Estado como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)», sino para potenciar «la fuerza contractual de los empresarios», privando a los representantes de los trabajadores del ejercicio de la acción sindical.

Respecto de la duración de 1 año del periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, argumentos también contrarios a su constitucionalidad. La jurisprudencia del alto Tribunal en relación con la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario es amplia, integrando en el derecho al trabajo «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa», así como la existencia de una «reacción adecuada contra el despido o cese», que «incluye además de las garantías formales y causales del despido, el resarcimiento económico (indemnización)», quedando «proscrito por mandato constitucional, el establecimiento de extinciones ad nutum» o despido libre». Del mismo modo se pronuncian los tratados internacionales suscritos por España en la materia como la Carta de Derechos fundamentales, la Carta social europea o el Convenio de la OIT. En el supuesto que nos ocupa existe para los firmantes del voto particular una colisión entre este derecho al trabajo y la libertad de empresa que da cobertura a la facultad de despido, siendo necesario un juicio de proporcionalidad para su resolución.

El periodo de prueba es «una excepción al régimen causal de extinción» unilateral del contrato de trabajo por el empresario, para que este pueda comprobar en los momentos iniciales tras su celebración «la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado», por lo que su concreción legislativa no «admite excesos» ni «regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad». El establecimiento de una duración máxima es imprescindible para garantizar un «equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores», confiriendo un carácter transitorio a la suspensión del principio de causalidad del despido que debe ser la regla general. Los argumentos que pretenden justificar la duración de 1 año del periodo de prueba que introduce la disposición impugnada vuelven a ser criterios de legalidad ordinaria que giran en torno al contrato mismo y no a la duración de la prueba. Ni siquiera encuentran fundada la apelación al mandato al pleno empleo del art. 40 CE, pues la promoción de un empleo estable sería también predicable del contrato y no de la duración de la prueba si no quiere desnaturalizarse su función. En lo que a su proporcionalidad se refiere, las razones que se ofrecen coinciden con las que se

invocaron para justificar la medida «extraídas de la regulación legal». El voto particular realiza por ello ese test de proporcionalidad que no es posible encontrar en la sentencia. La medida es idónea; resulta «evidente la conexión tendencialmente existente, en una economía social de mercado, entre la moderación del nivel de protección del empleo y el favorecimiento de la contratación laboral». Sin embargo no salva el juicio de necesidad, porque «la naturaleza de regla de derecho necesario absoluto atribuida a la duración impide que las partes hagan un uso racional del periodo de prueba», sin que puedan adecuar esa duración a la singularidad del trabajador o del puesto de trabajo, lo que perjudica «a los colectivos más necesitados de la protección en la estabilidad en el empleo que ofrece el principio de causalidad»; estos ven retrasada su aplicación 10 meses, en vez de los 6 meses de retraso que sufren «los grupos profesionales dotados de mayor fuerza contractual», atendiendo a la regla general de duración del periodo de prueba. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, que obliga a valorar el «sacrificio que la limitación depara y la relevancia de los bienes, derechos e intereses que se pretenden con ella proteger», se efectúa contrastando los perjuicios causados por la medida en el derecho fundamental del trabajo y los beneficios que causa, por una parte, en un principio rector de la política social y económica como es el mandato de pleno empleo, y, por otra, en la libertad de empresa. Respecto de la primera parece que la medida puede incentivar la «rotación del empleo», y no tanto su creación, en empresas que representan el 99,23 % del tejido empresarial; respecto de la segunda nada se argumenta en relación a los beneficios que pueda suponer a la libertad de empresa. Estos «se reducen al ahorro de la indemnización que pudiera corresponder al trabajador despedido una vez superado el período de prueba conforme a las reglas del régimen común, pero para el trabajador, el perjuicio... no solo se reduce a una dimensión económica», sino que se ve privado de «la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa», lo que «restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE».

IV. LA INCIDENCIA DE LA CRISIS ECONÓMICA EN EL PARÁMETRO DE ENJUICIAMIENTO ELEGIDO PARA RESOLVER

Son muchas las cuestiones que esta Sentencia y su voto particular obligarían a comentar. Ya sólo con analizar la coherencia de la argumentación y de la doctrina en ella sentada con la anterior jurisprudencia constitucional tendríamos suficiente. Recordemos, ella misma lo hace, que la duración de 1 año del periodo de prueba puede chocar con la conocida exigencia por parte del Tribunal de inculpar en el derecho al trabajo la estabilidad en el empleo y que la obligada vinculación a las decisiones de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos o del órgano autonómico equivalente que dirimen a instancia de una de

las partes desacuerdos sobre la inaplicación de las condiciones laborales convencionales hace revivir a costa del derecho a la negociación colectiva el laudo obligatorio declarado inconstitucional por la STC 11/1981, por mucho que se intente subrayar, creemos sin éxito, las diferencias que separan los supuestos de hecho que antes y ahora se tratan.

Lejos de ello aquí queremos hacer hincapié en un aspecto más abstracto, que afecta a la fundamentación misma de la sentencia y al parámetro de enjuiciamiento utilizado por el Tribunal Constitucional y cuyas consecuencias pueden ir más allá del caso concreto. Nos estamos refiriendo al empleo como referencia a la hora de resolver de una serie de elementos, ni siquiera en todo caso normativos, cuando menos extraños al juicio de constitucionalidad sobre un límite de un derecho fundamental. Acudir a circunstancias fácticas, por relevantes que sean, a la regulación que ofrece la misma ley que se está controlando o incluso a determinados principios resulta por distintos motivos en unos casos inadmisibles y en otros más que cuestionable. Este canon de constitucionalidad ocupará, por tanto, el centro de la reflexión.

En efecto, como hemos adelantado, las referencias a la «situación de crisis económica y laboral», al «contexto de crisis económica muy grave» o a «la elevada tasa de desempleo» son continuas y parece que para el Tribunal no sólo explican y justifican la actuación del legislador, sino también su propia argumentación, condicionando el parámetro utilizado, y, en último término, su conclusión favorable a la constitucionalidad de los preceptos impugnados, pues actúan como un factor cuya superación es lo primordial y no como un factor que ha de ser tenido en cuenta en lo que dure para ofrecer una mayor garantía al contenido de los derechos fundamentales que puedan estar en juego, especialmente los de aquellos que, sean cuales sean las circunstancias concretas, son parte en una relación, la laboral, en la que de por sí el desequilibrio siempre está presente. El Tribunal parece olvidar que su parámetro de enjuiciamiento, como el de cualquier órgano jurisdiccional, sólo puede ser normativo, debiendo dejar de lado cualquier otra razón que desvirtúe lo que ha de ser un juicio de validez, convirtiéndolo en un juicio de oportunidad.

Pero la crisis no es el único argumento que maneja el Tribunal. Además de apelar a ella con sustantividad propia, también condiciona la elección de algunos de sus parámetros normativos o el descarte de otros a los que debiera haber prestado más atención.

Obviamente el primer y principal parámetro de control para valorar la constitucionalidad de una ley es la Constitución. En este caso la ley objeto del recurso es una ley que limita derechos fundamentales. Estos, que por no ser absolutos son susceptibles de limitación siempre respetando su contenido esencial, y aquellos otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, cuya salvaguarda pueda justificar la introducción del límite, son los que deben ser utilizados como normas de referencia. En la sentencia para afirmar la constitucionalidad de alguna de las medidas limitativas introducidas por el legislador se acude

eminentemente a un principio rector de la política social y económica, al que se relaciona con la superación de la crisis, en concreto el previsto en el art. 40.1 CE; no es otro que la realización de una política de pleno empleo.

Los principios rectores, de sobra es sabido, no son normas vacías de contenido; son normas constitucionales y como tales comparten con las demás una misma superioridad jerárquica, pero una distinta eficacia en comparación con las que acogen derechos fundamentales. A diferencia de estos no dan lugar a derechos subjetivos inmediatamente invocables ante los Tribunales, siendo siempre necesaria la mediación de la ley para que nazca un derecho, que, como es evidente, tendrá por ello una naturaleza legal por mucho que traiga causa del principio reconocido en la Constitución. Son mandatos de optimización, que orientan permanentemente en la medida de lo posible la actuación, sobre todo, del legislador, pero también del resto de poderes públicos, incluidos los jurisdiccionales, normalmente a través suyo, cuando tengan que interpretar esas leyes que los concretan u otras a la luz de los mismos. Así todo, a falta de concreción legislativa, nada quita que puedan ser invocados como meros principios, incluso ante el Tribunal Constitucional, sin que este suela utilizarlos como «norma de decisión» «con alcance resolutorio en un proceso»⁹, al menos con carácter autónomo, puesto que a menudo su empleo como parámetro de validez es complementario, en tanto el principio rector aparece vinculado a un derecho fundamental¹⁰. Su condición de norma programática meramente informadora y el amplio margen de maniobra del que dispone el legislador en atención a las circunstancias para alcanzar en lo posible los objetivos que señala hace que no sea fácil obtener una declaración de inconstitucionalidad de una ley por desoír la orientación que marque un principio rector —STC 45/1989—¹¹.

La consecución del pleno empleo es también un objetivo a cumplir, por lo que entrar a valorar hasta que punto una ley tiende a lograr este ideal supone manejar criterios de oportunidad política incompatibles con la función del Tribunal Constitucional, que de este modo pasaría a asumir un papel que sólo al legislador corresponde¹²; otra cosa es comprobar si la ley se opone frontalmente a ellos o, por el contrario, si con base en los mismos una ley limita de manera proporcionada algunos derechos fundamentales¹³. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional ha utilizado principios rectores como parámetro de constitucionalidad, pero no lo es menos,

9 J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, 1999, p. 125.

10 J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 128 y ss.

11 Sobre los principios rectores, véase J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 121 y ss.; J. M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución española», *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, 2009, p. 1187 y ss.; R. URIARTE TORREALDAY, «La redistribución de la renta y el pleno empleo (art. 40)», en J. TAJADURA, *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca nueva, 2004, p. 58 y ss.; J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, 1988, p. 195.

12 I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 1987, p. 48.

13 SSTC 227/1988, 66/1991, 222/1992.

como ya se ha indicado, que en no pocas ocasiones, por ejemplo en sus SSTC 95/2000, 200/2001, 154/2006 ó 208/2013, ha preferido conectar estos principios con derechos fundamentales —tutela judicial, igualdad...— para «reforzar el canon» de enjuiciamiento, considerando en último término que lo vulnerado es el derecho o todo lo más el bloque normativo integrado por el derecho y el principio a él vinculado. Pudiera pensarse que este es el camino que sigue el Tribunal en la sentencia que estamos comentando, esto es, ligar el principio rector al que alude el art. 40 CE a la libertad de empresa, o a otros «intereses constitucionalmente protegidos» que forzosamente extrae de ella y otorga un cuestionable valor constitucional, como son no sólo la defensa de la productividad, a la que al menos el art. 38 CE menciona, sino también la competitividad y la viabilidad empresarial, y estimar que en su colisión con el derecho al trabajo o con el derecho a la negociación colectiva deben imponerse aquellos en atención al mandato que la Constitución efectúa al poder público. Sin embargo, al identificar la finalidad de la norma enjuiciada con la potenciación de «la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable», conforme al dictado del art. 40.1 CE, coloca a este en un primer plano, posiblemente influido por la relevancia que otorga a la crisis económica, y lo convierte en la razón que justifica en términos constitucionales la medida adoptada en detrimento de otros derechos fundamentales como los ya mencionados. No hace falta más que subrayar las ya señaladas palabras del Tribunal, en las que, respecto de la duración del periodo de prueba, da por bueno «el sacrificio que supone para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado» en atención a «los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo el fomento y creación de empleo estable».

Cuando con mayor o menor fortuna el Tribunal Constitucional, como acabamos de ver, apela con carácter autónomo al mandato del pleno empleo, destaca aún con más intensidad que se está moviendo en el plano de la delimitación de los derechos fundamentales y no en el de su limitación. En efecto, todo el tiempo se ha estado haciendo referencia a límites internos, lógicos o inmanentes, que, para asegurar la salvaguarda de otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, obligan a delimitar el objeto de los derechos fundamentales en cuestión excluyendo del mismo alguna conducta que no encaja en él y, por tanto, no disfruta de protección; el legislador no crea el límite, lo concreta, interpretando el derecho teniendo en cuenta su coexistencia con otros de igual rango. En el caso del derecho del trabajo esta tarea de delimitación resulta, como decimos, más evidente cuando se recurre tan sólo al mandato del pleno empleo. La previsión del art. 40.1 CE es vista desde la STC 22/1981 no sólo como un mero principio rector de la política social y económica, sino también como una manifestación explícita de la dimensión colectiva y objetiva del derecho fundamental al trabajo, pudiendo afectar al alcance de su dimensión subjetiva, que encontramos en el art. 35 CE, en lo que a la estabilidad del empleo se refiere, sin que sea posible, según creemos, que este plano colectivo, con naturaleza de mero

principio, llegue a vaciar de contenido el plano individual, con naturaleza de derecho fundamental. La delimitación no nace aquí de la necesaria convivencia entre distintos derechos fundamentales, sino que vendría impuesta por la doble dimensión de un mismo derecho, a la que se le confiere una diferente naturaleza jurídica, de modo que el legislador debe interpretar y conjugar ambas. Visto así, el legislador se enfrenta a un mandato de optimización vinculado a la misma dimensión objetiva del derecho y no sólo a su configuración expresa como principio rector. De este mandato se espera una protección de las conductas que se engloban en el objeto del derecho subjetivo y no el sacrificio de alguna de sus manifestaciones que, por el contrario, debieran ver fortalecida su eficacia gracias a esa dimensión objetiva. Incluso allí donde algún límite fuera necesario, esta última obliga a una interpretación restrictiva del mismo a favor del derecho, tanto por parte del legislador, como del Tribunal Constitucional que enjuicia su obra¹⁴. No parece que esto haya ocurrido en este caso; las circunstancias económico-sociales que nos asolan, más allá de condicionar la política de derechos fundamentales del legislador, han determinado su validez, cumpliendo una función procesal que no les corresponde, y han dado cobertura a una lectura expansiva del mandato de realización de políticas de pleno empleo que ha permitido salvar la constitucionalidad de los límites introducidos por el legislador.

Por obra de la crisis económica un principio rector ligado al empleo, por sí sólo o en compañía de otros derechos, paradójicamente ha servido en esta ocasión para justificar recortes en los derechos fundamentales de los trabajadores; ello lleva a preguntarse si en idéntica situación coyuntural otro tipo de recortes legales que afectaran en el plano laboral, o incluso fuera de este ámbito, a derechos fundamentales de personas o colectivos en situación de mayor vulnerabilidad pudieran ser igualmente admisibles apelando a la productividad, competitividad y creación de empleo. Al contrario, en nuestra opinión, los principios rectores jugarían en este caso un papel muy distinto, mucho más garantista de los derechos de estos colectivos, sobre la base de que no todos los principios comparten una misma naturaleza, como defiende gran parte de la doctrina. A diferencia de las normas programáticas, como la aludida realización de políticas orientadas al pleno empleo, aquellos otros que acogen normas de igualdad o garantías institucionales vinculan de manera más fuerte al legislador. Este no podría desoír la obligada protección de las personas y los colectivos en ellos mencionados a través de un trato individualizado que no podría ser sacrificado en aras de otros principios constitucionales meramente orientadores¹⁵.

14 Sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales y su relación, consúltese F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. A. PRESNO LINERA, B. ALÁEZ CORRAL, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, 2004, p. 50 y ss.

15 Esta heterogeneidad de los integrantes del Capítulo 3.º del Título I CE es defendida, entre otros, por J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 129, que distingue, como indicamos en el texto,

Por último, aún más sorprendente si cabe, es la ausencia en la sentencia del clásico test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto cuando se trata de valorar, como anuncia el propio Tribunal, la proporcionalidad de las medidas. Esta omisión, sobre todo de los dos primeros elementos del juicio de proporcionalidad, no se debe a que el Tribunal prefiera reservar este principio al enjuiciamiento de los actos de aplicación de las leyes limitativas y no al de ellas mismas, como algún sector doctrinal defiende con base en el margen de libertad de apreciación que cuenta el legislador dentro del marco constitucional para desarrollar las políticas de derechos fundamentales¹⁶, sino a su sustitución por una argumentación de mera legalidad, inexplicable a los ojos de una reiteradísima jurisprudencia constitucional que obliga a someter la medida que la ley contempla a la comprobación de si es adecuada al fin que persigue el límite que ella misma impone, si no existe otra alternativa menos gravosa para conseguirlo y si se sacrifica el derecho lo justo para poder garantizar otro derecho o bien constitucionalmente protegido frente al daño que aquél le puede causar. No encontramos, a diferencia de otras muchas sentencias, un análisis explícito, sistemático y detallado de cada uno de estos planos, ni siquiera implícito, pues, muy al contrario, el triple test es suplido por el análisis de cómo se regula la medida en la propia ley para deducir de su sometimiento a los límites que ella misma impone su razonabilidad y proporcionalidad.

La ley puede ser utilizada como parámetro por el Tribunal cuando realiza un control de constitucionalidad. La Constitución es norma abierta y abstracta y precisamente esa función de cierre de su propia apertura o abstracción que encomienda a otras normas de inferior rango es la que explica que puedan ser empleadas junto a ella como canon de referencia por el Tribunal Constitucional con diferente intensidad según el caso. Efectivamente, cuando las normas infraconstitucionales beneficiarias de la habilitación pueden o deben completar la Constitución, pronunciándose sobre cuestiones que esta ha dejado deliberadamente sin resolver atinentes al reconocimiento de la estructura misma del sistema o de su alcance, es posible atribuirles en el plano procesal cualidades propias del nivel constitucional, puesto que su uso como parámetro resulta imprescindible para determinar la validez de aquellas que se hayan de enjuiciar, al aportar datos de imposible conocimiento si atendemos tan sólo a una regulación constitucional que renuncia a identificar algunos de los principios estructurales del ordenamiento. Sin embargo, cuando las normas infraconstitucionales complementan, que no completan, las genéricas disposiciones constitucionales gracias a una habilitación que a través de una reserva o de una distribución de materias les permite únicamente a ellas regu-

entre normas programáticas, normas de igualdad, garantías institucionales y mandatos al legislador.

16 Una descripción de este posicionamiento y sus debilidades puede encontrarse en F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. A. PRESNO LINERA, B. ALÁEZ CORRAL, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general...*, ob. cit., p. 149 y ss., así como un análisis del principio de proporcionalidad tal cual se ha señalado.

lar ciertos contenidos u ofrecer un concreto tratamiento jurídico, su consideración como normas de referencia para determinar la validez de otras es innecesaria y su empleo como parámetro sólo puede obedecer a un deseo de ejemplificar cómo se hubieran satisfecho correctamente tales principios, pues, en último término, su vulneración es reconducible a una lesión de la norma que los establece, la Constitución. Esta, como norma sustantiva, es incapaz de abordar y agotar todas las cuestiones que deben ser reguladas. En ocasiones la abstracción y generalidad presente en sus disposiciones ha de ser concretada por una forma infraconstitucional específica, cuyo origen inmediato se encuentra en la propia Constitución que establece su régimen normativo y ubicación en el sistema. Al estar la remisión claramente predeterminada, el juicio de validez que ha de realizar el Tribunal se limita a comprobar si se ha acudido a la norma habilitada en los términos previstos constitucionalmente, pues, de no ser así, la antijuridicidad deriva de la invasión de un espacio que, según la Constitución, esté o no ocupado por la norma objeto del reenvío, en ningún caso le corresponde. Por tanto, la Constitución es el único parámetro necesario de enjuiciamiento y si se maneja también como parámetro a las formas que lícitamente se ocupan de la materia o del tratamiento jurídico que la Constitución les atribuye es con un valor meramente indicativo, buscando reforzar a mayor abundamiento la motivación de la resolución, lo que resulta en muchos casos superfluo e incluso contraproducente de llegar a considerarlo necesario y admitirse con ello una interpretación de la Constitución de acuerdo con la ley.

En materia de derechos fundamentales la Constitución es norma abstracta, es decir, necesita que otras complementen sus genéricas disposiciones, que no entran a regular en detalle algunos de los elementos esenciales de los derechos —titularidad, objeto, contenido o límites— o aspectos atinentes al cómo, dónde y cuándo pueden ser ejercidos. Ley orgánica y leyes ordinarias son las elegidas para el cumplimiento de esta función de desarrollo y de regulación del ejercicio de los derechos, a causa del plus democrático que supone su procedimiento de elaboración y reforma sin que su intervención aporte nada a la existencia misma de los derechos, ya que la norma constitucional que los reconoce y los prefigura en sus elementos definitorios goza de una eficacia directa que asegura su presencia en todo caso, incluso cuando el legislador no actúe. Aún así también aquí esta función de cierre jurídico de una abstracción constitucional explica el empleo procesal de estas leyes como parámetro indiciario de lo que le está permitido regular a tales disposiciones y no a otras, reforzando con ello el canon de referencia que se puede emplear para resolver el proceso¹⁷.

Pero lo que encontramos en esta sentencia no es una aplicación de la ley en atención a su pertenencia al llamado bloque de constitucionalidad como paráme-

17 En idénticos términos que en el texto, sobre los conceptos de bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad y las diferencias funcionales que los separan, puede consultarse P. REQUEJO RODRÍGUEZ, «Nuevos parámetros de constitucionalidad», *Fundamentos*, n.º 4, 2006, p. 385 y ss.

tro no necesario de enjuiciamiento de otra norma de su mismo rango, lo que sería perfectamente admisible en los términos constitucionales descritos. La crítica a la sentencia no radica en que haya hecho uso de una ley como canon de constitucionalidad, sino en que una misma ley es a la vez en esta resolución objeto y parámetro de enjuiciamiento, pues la proporcionalidad de las medidas que contempla se hace derivar de las «importantes limitaciones» a las que son sometidas por la regulación que la ley ofrece y no de su idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto, lo que obligaría al Tribunal a ir más allá de la propia ley, analizando las medidas a la luz de los derechos fundamentales que sacrifican y de los derechos o bienes constitucionales que pretenden proteger. Una interpretación generosa permitiría en el mejor de los casos entender que la referencia a los límites legales que rodean las medidas podría servir para mostrar hasta qué punto son gravosas, aunque el juicio de necesidad obliga a indicar si hay otras alternativas más moderadas para lograr el mismo objetivo, o incluso para mostrar lo equitativo del sacrificio, aunque la proporcionalidad en sentido estricto exige probar el riesgo real que sufrirían los derechos o los bienes protegidos de no existir el límite. Pero, sea como sea, por mucho que la mención nominalista a la proporcionalidad esté presente, seguiría faltando el análisis detallado del cumplimiento de los tres elementos que permiten predicar su existencia. En definitiva, a diferencia de lo que se aprecia en la sentencia del Constitucional, las limitaciones relevantes a las que hay que atender no son las que afectan a la medida, sino las que afectan a los derechos fundamentales en juego, para calibrar hasta donde llegan los perjuicios causados y si resultan admisibles en comparación con los beneficios que en su caso puedan obtenerse a través de ellas. De eso depende su validez.

Después de todo lo visto, solo decir que determinante es el adjetivo que a nuestro entender mejor describe el papel que la crisis económica ha desempeñado en esta sentencia, en tanto procesalmente ha servido al Tribunal para alterar el parámetro normal de enjuiciamiento y sustantivamente ha dado aval a mayores recortes en los derechos fundamentales de los trabajadores. Sería deseable que lo que debe quedar en excepción no se convierta en regla general, trasladando a otros casos en los que resulten afectados derechos de individuos o colectivos vulnerables una argumentación que resultaría mucho más insostenible en atención a la protección que la propia Constitución dispensa a algunos de ellos.

TITLE: *The role of economic crisis in the constitutional court's arguments of STC 119/2014, 16 July*

ABSTRACT: *Review of the decisive role played by the economic crisis in the arguments laid down in STC 119/2014, which resolves an appeal of unconstitutionality against the Labor Market Reforma Emergency Measures Act, and set adverse consequences for social Rights as base of the judgment.*

RESUMEN: *Análisis del papel determinante que ha jugado la crisis económica en la argumentación de la STC 119/2014, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de medidas*

urgentes para la reforma del mercado laboral, al condicionar la elección y el alcance del parámetro en el que se fundamenta el fallo con unas consecuencias desfavorables para derechos de contenido social.

KEY WORDS: *economic crisis; labor law reform; social rights; principles governing economy and social policy; constitutional arguments.*

PALABRAS CLAVE: *crisis económica; reforma laboral; derechos sociales; principios rectores; parámetro de constitucionalidad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 24.10.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 29.07.2015