

**Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012, al que se adhieren la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.**

**I. Introducción**

Como he tenido la oportunidad de manifestar durante las distintas fases de deliberación del presente proceso constitucional, disiento de la decisión finalmente adoptada en lo que concierne tanto a la fundamentación articulada para desestimar algunos de los reproches de inconstitucionalidad vertidos contra los preceptos impugnados como a la parte dispositiva. Dentro del máximo respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros y por las razones que expondré, entiendo que la Sentencia de la que me aparto debió de declarar inconstitucionales y nulos los siguientes artículos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral:

1) el art. 4.3, que establece en un año la duración del período de prueba del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, ampliando en seis meses la duración máxima legalmente establecida con carácter general y común, por violación del principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo, en su condición de manifestación individual del derecho constitucional al trabajo (35.1 CE);

2) el art. 14.1, que da nueva redacción al art. 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), que instituye, como salida de los desacuerdos que pueden presentarse en los procedimientos negociales de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario, la sumisión con carácter obligatorio, y por iniciativa de una sola de las partes, a una decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico homólogo, convalidando de nuevo la figura del laudo obligatorio, proscrita, salvo por razones de salvaguardia de intereses generales, por la STC 11/1981, de 8 de mayo;

3) el art. 14.3, que modifica el enunciado normativo del art. 84.2 ET y confiere una prioridad aplicativa absoluta a los convenios colectivos de empresa en caso de concurrencia

entre convenios colectivos, prohibiendo pactos en contrario establecidos en convenios sectoriales o acuerdos interprofesionales, por contrariar los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y de libertad sindical (art. 28.1 CE).

En las páginas que siguen, fundamentaré el disentimiento apenas ahora anunciado, analizando sucesivamente y por separado cada una de las discrepancias expresadas. No obstante ello y en la medida en que las dos últimas afectan, ambas aun cuando no solo, a un mismo derecho, el consagrado en el art. 37.1 CE, su análisis irá precedido de un encuadramiento del citado derecho desde una perspectiva constitucional en el que razono mi disconformidad con el que lleva a cabo la Sentencia de la mayoría.

Comenzaré enunciando mi discrepancia con la solución dada a las últimas cuestiones citadas, alterando con ello la sistemática utilizada por nuestro pronunciamiento y por la parte recurrente. La especial trascendencia de la negociación colectiva, que tiene una incidencia en la adecuación y el funcionamiento del sistema de relaciones laborales en su conjunto, creo que así lo aconseja, máxime cuando ese fundamental derecho enlaza con el art. 1.1 CE, pues éste, según nuestra doctrina, tiene entre otras significaciones la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y colectivos de la población socialmente dependientes.

Sin desconocer la relevancia que por su incidencia social tiene la primera medida, la que afecta al ámbito de las relaciones individuales de trabajo, la centralidad del derecho a la negociación para la construcción de un sistema democrático de relaciones laborales y las exigencias de su respeto y promoción por los poderes, los públicos pero también los privados, son razones que aconsejan, como ya se anticipó, alterar el orden numérico en el tratamiento de los preceptos impugnados, confiriendo prioridad a los reproches de inconstitucionalidad relacionados con el art. 37.1 CE.

## **II. A. El encuadramiento constitucional del derecho a la negociación colectiva**

1. La CE alude de manera expresa y directa a la negociación colectiva en su art. 37.1, a tenor del cual “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos”. El reseñado precepto instituye, a favor de la autonomía negocial, una doble garantía, entendida la expresión no sólo en un sentido material, relativo a la dualidad de materias

garantizadas, sino, adicionalmente, en un sentido formal: la Constitución garantiza, al tiempo que mandata garantizar a la ley, tanto el derecho a la negociación colectiva como la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

El art. 37.1 CE adopta la estructura lógico-formal propia de las normas iusfundamentales: enuncia un derecho, prefigurando algunos de sus elementos. Es indiscutible, sin embargo, que la CE no contiene un modelo cerrado sobre ninguno de los elementos del derecho de negociación colectiva objeto de regulación; admite, antes al contrario, plurales variantes y opciones, correspondiendo al legislador ordinario, en el ejercicio de sus funciones, elegir una de entre ellas.

Sin embargo, la libertad de la que dispone el legislador ordinario en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva no es una libertad absoluta. O enunciada la idea en términos menos sumarios, la ausencia de un catálogo de opciones de política de derecho que, de manera definitiva, definan, desde el art. 37.1 CE, algunos de los elementos esenciales del sistema español de negociación colectiva, ofrece al legislador ordinario unos anchos márgenes de libertad normativa. Pero no es ésta una libertad plena o incondicionada; es una libertad que ha de observar ciertos límites, que son los que actúan, desde una perspectiva constitucional, como límites a la acción legislativa.

En breve se intentará predeterminarlos. Pero antes resulta de todo punto conveniente volver sobre la doble garantía enunciada por el art. 37.1 CE, la cual se encuentra doblada desde el punto de vista de la fuente de protección: el texto constitucional actúa como fuente atributiva directa de ciertas garantías, al tiempo que ordena a la ley desarrollarlas e integrarlas.

El objeto de la garantía de ambas fuentes, de la constitucional y de la legal, es el mismo; pero difiere en su alcance. Lo que la CE garantiza, desde su superioridad, es, de un lado, el derecho a la negociación colectiva, entendido como un ámbito de libertad de organización y acción, y, de otro, la fuerza vinculante del convenio, articulada mediante una especial protección conferida a los efectos del resultado negocial. Pero el mandato formulado en el art. 37.1 CE no queda reducido al reconocimiento de estas garantías subjetivas. Su alcance va más allá, pues aquel pasaje constitucional impone al legislador el deber de adoptar acciones positivas que, en esquemática síntesis, procuren promover de manera activa, real y efectiva la negociación colectiva y sus resultados. Por este lado, el art. 37.1 CE adopta una estructura jurídica compleja. Por una parte, instituye un conjunto de reglas que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y están dotadas de eficacia normativa directa e inmediata; esto es, formulan derechos. Por otra, enuncia una garantía institucional, que exige del legislador una intervención

encaminada a asegurar la efectividad del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante del convenio; una intervención que la propia Constitución considera como un complemento necesario para asegurar el ejercicio del derecho de libertad que formula.

2. Ahondando en las ideas generales que vengo de exponer, no estará de más hacer constar que un análisis evolutivo de los ordenamientos comparados muestra la existencia de dos grandes modelos o tipos de ordenación por el Estado de la negociación colectiva. En primer lugar, la garantía del poder de las organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios puede plasmar en una vertiente negativa de mera protección y respeto. El desarrollo de esta función protectora obliga al Estado a adoptar una actitud de neutralidad hacia la negociación colectiva, removiendo cuantos obstáculos jurídicos puedan impedir su ejercicio. El objetivo es preservar la contratación colectiva frente a posibles injerencias o intromisiones de los poderes públicos, otorgando a este derecho, como con todo acierto razonaran dos ilustres laboristas españoles, uno de los cuales llegaría a la presidencia de este Tribunal (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer/Del Rey Guanter), un “espacio vital para su desenvolvimiento”. Esta primera manifestación de la obligación del Estado de tutelar la autonomía negocial de trabajadores y empresarios, que enuncia una garantía negativa y que ha sido dominante en el panorama de los sistemas europeos de negociación colectiva hasta finales de los años 60 del pasado siglo, puede expresarse a través de dos vías: la intervención de ley y la abstención de ley. Tal y como enseña la experiencia comparada, la protección negativa de la actividad contractual colectiva puede lograrse, de seguro, con una norma legal de garantía; pero también sin ella.

En segundo lugar, la garantía de ese poder originario de regulación de las relaciones laborales, en que consiste la autonomía negocial, puede plasmar en una vertiente no ya negativa, de simple abstención o no intromisión, sino positiva, de promoción y apoyo. La negociación colectiva deja de ser percibida como un mero ámbito de libertad que no consiente interferencias impeditivas u obstaculizadoras, para pasar a ser concebida como un instrumento, y no menor, para la consecución de una variada constelación de bienes y valores que pueden estimarse merecedores de especial protección. A diferencia del modelo anterior, el que ahora se comenta se concreta, de manera inescusable, a través de una única vía, la intervención de ley, que se ha articulado históricamente en una muy concreta política legislativa: la denominada legislación promocional. Con ella, el Estado abandona o, al menos, modera el principio de complementariedad existente entre los poderes de las representaciones de intereses de trabajadores y empresarios y, en su lugar, atribuye a ciertas formas organizativas de los

trabajadores, señaladamente a los sindicatos, una protección reforzada cuya finalidad inmediata o primaria es asegurar de manera real y efectiva el desarrollo y efectividad por ellas de sus derechos de actividad, en general, y del derecho de negociación colectiva, más en particular.

El art. 37.1 CE responde a este modelo promocional de negociación colectiva, de manera que el pasaje constitucional instituye a favor de la negociación colectiva un cuadro de garantías subjetivas de inmediata y directa aplicación que tienen, entre otros efectos, el de empeñar al poder legislativo, que es un poder infraordenado a la Constitución, a organizar la actividad contractual colectiva según criterios de posibilidad e iniciativa reales; esto es, a instituir los presupuestos necesarios para que la negociación colectiva pueda cumplir de manera razonable la constelación de funciones que le son propias.

Por lo demás y no es en modo alguno lo de menos, esta doble estructura del art. 37.1 CE no puede dejar de tener su lógico reflejo en el ámbito legislativo. En la medida en que este precepto de rango constitucional formula unas garantías subjetivas, su ley de desarrollo, que fue y sigue siendo el Título III del ET, ha de respetarlas. Pero en cuanto dicho precepto formula, adicionalmente, una garantía institucional, el legislador se encuentra activamente obligado a adoptar y poner en funcionamiento aquellas medidas que incentiven la actividad contractual colectiva. La garantía institucional en que se concreta el derecho a la negociación colectiva empeña al poder legislativo a instituir los presupuestos necesarios para que la negociación colectiva pueda cumplir de manera razonable la constelación de funciones que le son propias y que, de seguro, no se agotan en la fijación de condiciones de trabajo.

3. Centrando exclusivamente la atención en el inciso inicial del art. 37.1 CE, que es en el que se consagra el derecho a la negociación colectiva, no estará de más dejar sentado, desde un principio, que su sentido primero y esencial es el de haber procedido a la juridificación formal de la autonomía negocial o libertad contractual, entendida la expresión como un sistema de reglas de acción y de organización a través de las cuales “los representantes de los trabajadores y empresarios” (así como los representantes de estos últimos) defienden, en un Estado social y democrático de Derecho, los intereses económicos y sociales que les son propios. La garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva se sustancia así en un derecho de libertad que, ejercitable fundamentalmente frente al Estado, tutela a los interlocutores sociales frente a eventuales interferencias o limitaciones no justificadas desde una perspectiva constitucional. El tan repetido art. 37.1, en suma y como ya se ha razonado, sanciona un ámbito de libertad cuyo objeto de imputación no es sólo el procedimiento o el cauce

de expresión formal de un poder de autorregulación social sino, más ampliamente, el conjunto de derechos que, en un sistema democrático de relaciones laborales, aseguran la autonomía colectiva.

Dotado de una estructura jurídica de notable complejidad, el catálogo de las facultades asociadas al derecho de negociación colectiva es muy plural. Sin intención por mi parte de identificar de manera nominativa todas las facultades vinculadas de manera directa o relacional con el derecho de negociación colectiva, bastará señalar, a los efectos que aquí interesan, que en esta categoría se integra, sin sombra de incertidumbre, la libertad de estipular o, si se prefiere, de seleccionar las materias objeto de negociación y dotar a éstas de un contenido sustantivo.

Desde luego, la libertad de estipulación o de contratación en sentido estricto no es una libertad absoluta. En relación a la misma, el legislador ordinario puede efectuar ponderaciones entre dicha libertad y los otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos y, por lo mismo, introducir restricciones en esa vertiente del derecho fundamental del art. 37.1 CE cuando se produzcan concurrencias conflictivas entre ella y otros referentes de constitucionalidad que manifiesten indudables necesidades de protección. En última instancia, y más allá del propósito de solventar dichas colisiones, la razón de las eventuales limitaciones a la libertad de estipulación o de contratación en que podría venir a concretarse se debe a que la consagración constitucional de la negociación colectiva no ha llevado aparejado el desapoderamiento normativo del Estado en materia laboral; o, lo que es igual, no ha atribuido a la autonomía colectiva un monopolio normativo en esta materia. Uno y otra concurren en la trascendental tarea de ordenar el campo de las relaciones laborales, individuales y colectivas. Y esta tarea puede efectuarse de manera bien compartida bien exclusiva, perteneciendo al ámbito de las facultades del Estado – es decir, a la norma estatal- la elección de la regla de reparto competencial por razón de la materia en atención a los deberes que sobre él recaen de defender, con criterios de universalidad, los derechos, bienes y valores constitucionalmente consagrados, tales como el principio de igualdad, la tutela de los trabajadores o el progreso social.

**II. B. La vulneración del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE) por el art. 82.3 ET, en la nueva redacción establecida por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, que establece la sumisión a un laudo obligatorio en caso de desacuerdo en el procedimiento de inaplicación de un convenio colectivo estatutario**

1. Antes de abordar el examen concreto de la impugnación, me parece imprescindible mostrar mi discrepancia con el canon de constitucionalidad que emplea el pronunciamiento del que discrepo, que ronda de continuo la idea de la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, al amparo de las determinaciones del art. 38 CE, y que tiene plasmación tanto en el examen de constitucionalidad del art. 82.3 ET que ahora comienzo, como en el del art. 84.2 ET, en su nueva redacción, que tratará el próximo apartado de este voto discrepante.

Como punto de partida de mi posición, bastará recordar que las restricciones que el legislador imponga al derecho constitucional a la negociación colectiva no pueden desconocer el contenido esencial del derecho, siendo las mismas susceptibles de ser sometidas al control de este Tribunal, que declarará su inconstitucionalidad y nulidad no solo cuando desconozcan ese ámbito inexpugnable en que consiste el contenido esencial (esto es, aquella parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, no resultando reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo; o, en otras palabras, la parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a sus titulares la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga -STC 11/1981, de 8 de abril-), sino, además, cuando la medida limitativa no supere otros cánones de constitucionalidad concurrentes en función de los conflictos que se manifiesten con otros derechos o bienes constitucionales; cánones que incluirán el de la proporcionalidad si se acredita una colisión cierta -no meramente retórica o potencial- del art. 37.1 CE con otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, pues la medida de limitación normativa de un derecho fundamental como el que nos ocupa sólo es concebible si la intervención del legislador es “útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante” (por todas, STC 84/2013, 11 abril).

En esa operación de encuadramiento del juicio de constitucionalidad constato una tendencia relativamente reiterada a la invocación del art. 38 CE para el enjuiciamiento constitucional de normas laborales que inciden en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones representativas, así como en las fuentes ordenadoras de la relación laboral, oponiéndose a menudo los derechos de aquel precepto –referido a lo que se ha denominado la Constitución económica- a los típicamente laborales afectados por las normas correspondientes. El propósito es evidenciar el conflicto de derechos que anteriormente he enunciado, con la consiguiente necesidad de ponderación a fin de fijar los límites que procedan; un conflicto que,

en el común de los casos, no creo sin embargo concurrente. Así ocurre en el presente pronunciamiento constitucional.

En mi opinión, muy antes al contrario, las manifestaciones normativas en que concreta sus opciones de política legislativa el legislador laboral no tienen en la mayor parte de las ocasiones una conexión directa y cierta, sino a lo más indirecta y mediata, con las garantías y contenidos consagrados en los preceptos de la Constitución económica que tienden a invocarse.

Creo que es lugar común que el derecho de propiedad se proyecta sobre la empresa como resultado, mientras la libertad de empresa lo hace sobre el libre ejercicio de la actividad económica. Siendo así, ni el art. 33 ni el art. 38 CE, como se razonará de inmediato, colisionan con los contenidos de la regulación laboral de las condiciones de trabajo ni con sus fuentes de regulación; en particular con el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE.

Antes bien, el derecho en el que insiste la mayoría, el art. 38 CE, en su dimensión de libertad de empresa, comprende en realidad –dicho sintéticamente- aquello que afecta de manera relevante a la facultad de iniciar una actividad empresarial (lo que se ha denominado libertad de iniciativa), y, asimismo, el derecho al ejercicio de esa actividad en condiciones de igualdad. En la medida que la libre iniciativa y la igualdad en el mercado estén en cuestión, entonces, las normas infraconstitucionales podrán ser objeto de juicio de inconstitucionalidad en contraste con dicha previsión constitucional. No es el caso, bien al contrario, en los preceptos impugnados que regulan y limitan la negociación colectiva, salvo que admitamos conexiones indirectas y vagas, o adquiriera carta de naturaleza en el juicio de constitucionalidad la articulación retórica de conflictos imprecisos, derivados, indirectos o potenciales entre derechos.

En otras palabras: la libertad de empresa del art. 38 CE no comprende cualquier regulación que incida en el interés empresarial. No todo lo que repercuta en éste tiene acomodo en dicha previsión constitucional, sino sólo la libertad de iniciativa y las condiciones de la actividad en el mercado. Tal vez sirva recordar, con la reciente STC 53/2014, que este Tribunal ha declarado que el art. 38 CE “viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad” (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 15); que “[e]l derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos, limitaciones que han de venir establecidas por la ley, respetando, en todo caso, el contenido esencial del derecho” (SSTC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 15, y 135/2012, de 19 de junio, FJ 5) y “derivadas de las

reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado” (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, FJ 15, o 112/2006, de 5 de abril, FJ 8).

Es la actividad económica en el mercado lo que protege ese artículo; no cualquier elemento que pueda tener una incidencia derivada en la misma. Atañe el art. 38 CE, dicho aún en otros términos, a las reglas de ordenación de la economía de mercado; y no, por tanto, a las fuentes de la relación laboral, al patrimonio jurídico de los trabajadores o a los límites del legislador laboral al incidir en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones; como tampoco en los del empresario (por ejemplo, en cuanto titular del derecho a la negociación colectiva).

Ciertamente, algunas sentencias de este Tribunal han vinculado el art. 38 CE y los poderes empresariales. Pero esas resoluciones se refieren al contenido no esencial del derecho y, en todo caso, aun aceptando a efectos puramente dialécticos lo contrario, se relaciona con el ejercicio de poderes empresariales en el curso de la relación laboral, con la actualización y vicisitudes de la prestación de la actividad laboral, no existiendo conflicto alguno de derechos en el que tenga protagonismo el art. 38 CE, en cambio, ni siquiera en la hipótesis más expansiva; en aquella en la que no estén comprometidos dichos poderes directivos, como ocurre en el ámbito que ahora nos ocupa de ordenación de las relaciones laborales a través de la negociación colectiva.

La cita del art. 38 CE, en la que incluyo la defensa de la productividad que con tanta tenacidad invoca la mayoría, se realiza a menudo sin rigor técnico, como sin rigor opera en la Sentencia de la que discrepo, pues, de partida, no constituye un elemento en colisión con la negociación colectiva. En efecto, la defensa de la productividad es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal. Esa circunstancia dificulta la atribución al mismo de un contenido subjetivo, cuando menos a falta de definición en la norma constitucional y en ausencia de desarrollo infraconstitucional. Siendo exactamente éste el escenario, su invocación constante en la Sentencia a fin de fundamentar las graves limitaciones al derecho fundamental a la negociación colectiva, en sus contenidos más típicos y esenciales, no pasa de ser un expediente retórico carente de solvencia constitucional. Las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como pocas otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de las normas impugnadas.

En definitiva, y por lo que hace a la negociación colectiva, el debate debió situarse, conforme a un canon estricto de constitucionalidad y a falta de derechos en conflicto que conduzcan a un juicio de ponderación, en el contraste de las medidas normativas cuestionadas con el contenido esencial del derecho que consagra el art. 37.1 CE; esto es, y como ya se adelantó, poniendo en relación las normas discutidas con aquella parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad; aquello que permite que sea reconocible como derecho perteneciente a un concreto modelo referencial.

2. De conformidad con la redacción precedente del art. 14.1 de la Ley 3/2012, el penúltimo párrafo del revisado art. 82.3 ET establece que, en aquellos supuestos de conclusión sin acuerdo del período de consultas instado en un proceso de inaplicación en el ámbito de una empresa de alguna o algunas de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable en los que las partes no se hubieren sometido a procedimientos autónomos de solución de conflictos o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de ellas podrá solicitar la actuación de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos (CCNCC) o del órgano autonómico equivalente, que podrá acordar la resolución de la controversia bien en el seno de la propia comisión nacional u órgano autonómico, bien a través de la designación de un árbitro a fin de que, en una u otra hipótesis, se dicte - por expresar la idea con la terminología utilizada por el pasaje legal a examen - la oportuna “decisión”, que “tendrá la eficacia de los acuerdos”.

La finalidad del reseñado precepto es muy clara, habiendo quedado plasmada en unos términos que no ofrecen margen a la incertidumbre. A partir de la entrada en vigor de la citada norma legal, los desacuerdos nacidos de los procesos de negociación destinados a atender la iniciativa empresarial de “descuelgue” de la disciplina normativa del convenio colectivo estatutario que resulte aplicable en la empresa, sea el vigente, de sector o de la propia empresa, habrán de sustanciarse, siempre que así lo acuerde “cualquiera de las partes” – giro gramatical éste que pretende la elusión nominativa del *nomen* de la única parte contractual que en la realidad adoptará esa iniciativa, y que es el mismo al que legalmente se le reconoce la facultad de iniciar el procedimiento e inaplicación del convenio colectivo; a saber: el empresario -, de manera obligatoria a través de la decisión adoptada por un tercero ajeno a los sujetos en conflicto.

En el decir de la parte recurrente del presente proceso constitucional, la regla jurídica que viene de describirse en su nudo contenido normativo, entre otros preceptos constitucionales que no hace ahora al caso mencionar y por los motivos que constan en los antecedentes de la

Sentencia de la que expreso mi disenso, “rompe el modelo constitucional” de negociación colectiva, vulnerando el art. 37.1 CE. Es ésta, no obstante, una queja que este pronunciamiento descarta de lleno y que, en buena medida, se asienta sobre una inteligencia de las garantías establecidas en ese pasaje constitucional que, como he tenido oportunidad de razonar en anterior apartado, no comparto.

3. Incluso aceptando a efectos dialécticos la aproximación que realiza el pronunciamiento, que no comparto por soslayar lo verdaderamente relevante –el contraste con el contenido esencial del art. 37.1 CE–, basta con hacer constar que, en la medida en que el doble canon que articula el juicio de constitucionalidad - justificación objetiva y proporcionalidad– se fundamenta y sostiene en simples criterios de legalidad ordinaria, la falta de adecuación de la máxima de ponderación es manifiesta, no logrando acreditar el acomodo constitucional de la limitación al derecho de negociación colectiva establecida, por la Ley 3/2012, en el art. 82.3 ET.

Por lo pronto, la reseñada inadecuación es predicable del canon de justificación objetiva, que queda resumido del modo siguiente: la medida restrictiva pretende “ajustar la regulación a la situación (económica de la empresa) y defender la productividad”, de modo que así “se evitaría la extinción de puestos de trabajo, máxime en un contexto sociolaboral en que la reducción de la elevada tasa de desempleo constituye un objetivo prioritario de los poderes públicos”, siendo 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 diseñada en el art. 82.3 ET goza de justificación legítima” (último párrafo, FJ 5 A.a).

Atendiendo no al lenguaje empleado sino a su contenido material, las aseveraciones transcritas carecen de la menor fundamentación constitucional, asentándose en una pluralidad de equívocos que es preciso deshacer. Desde luego, el no invocado o silenciado art. 40.1 CE mandata a los poderes públicos a promover políticas orientadas al pleno empleo. Pero al margen de la duda que comporta el intentar atribuir, aunque sea de manera implícita, a un principio rector de la política económica funciones limitativas de derechos constitucionales; con independencia de ello, repito, la Sentencia de la que me distancio, al afirmar que el laudo obligatorio evita la “extinción de puestos de trabajo” y contribuye así al mantenimiento del empleo, lleva a cabo una novedosa interpretación de la medida legal aquí cuestionada, expresiva de un ejercicio de “ingeniería jurídica” que carece, sin embargo, del menor apoyo no ya solo ni tanto en la legalidad constitucional sino, más lisamente, en la propia legalidad ordinaria.

En nuestra legislación, las medidas de flexibilidad interna, al estilo del “descuelgue” de una empresa de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo que le resulte de aplicación (art. 82.3 ET), no se configuran como alternativas de las medidas de flexibilidad externa, categoría ésta en la que se encuadran las variadas fórmulas de extinción contractual por voluntad del empresario. Unas y otras pueden ser utilizadas de manera bien simultánea bien sucesiva, sin que, incluso en este último supuesto, las decisiones más suaves (de flexibilidad interna) deban haber precedido a las más traumáticas (despidos); ningún precepto proscribiera que aquellas se pospongan a éstas, o a la inversa. La propia noción de flexibilidad interna, entendida como el conjunto de medios destinados a facilitar al empresario la adaptabilidad de las condiciones de trabajo y de la propia organización del trabajo a las circunstancias cambiantes del mercado, no facilita, tal y como pretende la Sentencia de la mayoría, la configuración de unos lazos funcionales básicos entre estos medios – y, por tanto, entre el art. 83.2 ET – y las políticas de mantenimiento de empleo. Claro es que la adopción por el empresario, en términos de eficacia y moderación, de cualquier medida de flexibilidad interna puesta a su disposición por el legislador puede colaborar, en una perspectiva de conjunto, a la conservación de empleos; pero es más cierto que esta finalidad no forma parte de los elementos definidores y estructurales de estas medidas; ni tan siquiera puede calificarse como elemento accesorio, siendo la suya, más bien, una función eventual, de imposible verificación a nivel de empresa a corto o, inclusive, a medio plazo.

Lo anterior razonado, he de confesar de inmediato que las observaciones críticas que se vienen de efectuar no traducen aún la más consistente de mis divergencias con la identificación por la Sentencia de la mayoría de la finalidad legítima que adornaría el laudo obligatorio introducido por la nueva redacción aprestada por la Ley 3/2012 al art. 82.3 ET. Esa condición la reservo para la argumentación con la que se pretende sintetizar la concurrencia de la oportuna justificación objetiva a la restricción que al derecho *ex art. 37.1 CE* ha instituido el laudo obligatorio contemplado por el art. 82.3 ET y que se enuncia así: “son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo”.

Una argumentación semejante 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. Reconozco 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 discrepo de lleno 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. En ejercicio de las facultades de creación y gestión de su empresa (art. 38 CE), pertenece al ámbito de la libertad del empresario 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, en ejercicio de su libertad de actuación, haya previsto y debiendo en todo caso conciliar esas decisiones con el respeto a los derechos laborales que la economía social de mercado comporta. Pero lo que resulta de todo punto inaceptable en un contexto constitucional, brevemente sintetizado, en el primer número de este apartado, 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; máxime cuando aquéllos afecten a un derecho del que también es titular, como enuncia el propio art. 37.1 CE, el empresario.

4. Continuaré mi oposición a los argumentos de la sentencia desde otro prisma, si bien sea reiterando mi discrepancia con la aproximación que se realiza ahora, fundada en un canon de proporcionalidad que creo inaplicable aquí, al no existir derechos en conflicto. Pues bien, como digo, menores dosis de constitucionalidad tiene ese juicio de proporcionalidad al que la Sentencia de la mayoría somete la limitación por el art. 82.3 ET del derecho a la negociación colectiva consagrado en el art. 37.1 CE. La metodología utilizada en el desarrollo de este juicio se enuncia con notable claridad. En el decir de la opinión mayoritaria, en efecto, “para efectuar este enjuiciamiento es necesario atender al régimen jurídico que acompaña la cuestionada cuestión o arbitraje” del referido pasaje legal (párrafo primero, FJ 5A.b), de manera que su análisis (el de dicho régimen jurídico) “permite apreciar los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada” la aplicación del laudo obligatorio (FJ 5A.b). Una interpretación simplemente literal del texto transcrito evidencia, sin género de dudas, que el canon de proporcionalidad se agota en un juicio de legalidad.

El desarrollo que se efectúa de este canon, muestra que la razonabilidad del laudo obligatorio no se hace depender de un juicio valorativo sobre el equilibrio y la ponderación entre las ventajas y los perjuicios por él ocasionados, apreciadas aquellas desde la perspectiva de la

salvaguarda de los bienes constitucionales a los que sirve la limitación misma y examinados estos otros, los perjuicios, desde la del derecho fundamental a la negociación colectiva cuyo contenido experimenta la restricción. Como resultado del empleo de un alegato de rigurosa legalidad, que se pliega sobre sí mismo sin abrirse mínimamente hacia el texto constitucional, esa razonabilidad se fundamenta en la existencia misma de los límites que legalmente habilitan, en caso del desacuerdo manifestado por las partes en la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo establecidas en el convenio a cuya disciplina normativa quedan sujetas las relaciones laborales de la empresa, a recurrir a la fórmula del laudo arbitral. En la argumentación desarrollada por la Sentencia de la mayoría, no hay juicio alguno de ponderación constitucional entre las ventajas y los perjuicios derivados de la medida restrictiva; la razonabilidad de esta medida se deduce, lisa y llanamente, de la regulación legal, que no se somete al más ligero contraste de constitucionalidad con el contenido esencial del derecho concernido.

Siendo éste, como así es, el método de enjuiciamiento del canon de proporcionalidad en sentido estricto utilizado por la Sentencia de la mayoría, no creo que resulte pertinente abrir un diálogo crítico acerca del alcance atribuible, desde una perspectiva estrictamente constitucional, a los diferentes límites – causales, materiales o temporales, por citar algunos de los más significativos - que legalmente regulan el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo *ex art. 82.3 ET*. No obstante, no me resisto a detenerme en un concreto elemento, al que la Sentencia de la que me separo presta una especial atención: la naturaleza del órgano encargado de llevar a cabo la intervención decisoria o arbitral de inaplicación.

En verdad, es esta una argumentación que proviene del propio legislador y que la Sentencia de la mayoría hace suya. El preámbulo de la Ley 3/2012, en efecto, fundamenta la acomodación constitucional de esta medida legislativa en atención al carácter tripartito del o de los órganos encargados de solventar la controversia. Por decirlo con sus propias palabras: “se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38” de la CE (párrafo sexto, apartado IV).

Desde luego, no es cuestión ahora de entrar a analizar de manera pormenorizada ni la composición de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o de los órganos autonómicos equivalentes ni su naturaleza jurídica. No obstante y en relación con éste último aspecto, estos organismos, todos ellos, tienen una indiscutible naturaleza pública, al

margen de que entren o no en el catálogo de los organismos administrativos. Pública es su creación; pública es su financiación; público es su sostenimiento y público-institucionales son las funciones que han venido ejerciendo hasta ahora.

La naturaleza de tales organismos como instituciones públicas – aunque su actuación pueda calificarse como autónoma y aun cuando, se insiste, sean resistentes a ingresar en la órbita de los organismos administrativos – no ha pasado desapercibida, como difícilmente podía hacerlo, al legislador ordinario que, al nominar el dictamen emitido por los mismos, utiliza la muy correcta expresión de *decisión*, que es la que mejor se acomoda a aquella naturaleza.

Pero dando de lado todo ello y centrando la atención en el razonamiento aprestado por el preámbulo de la norma legal objetada y del que ahora se ha apropiado la Sentencia de la mayoría, la concreta composición de los organismos a los que el art. 82.3 ET encomienda la solución imperativa de sus discrepancias resulta un elemento por completo irrelevante en el juicio de constitucionalidad. Un planteamiento como el defendido por el legislador ordinario y aceptado por esa resolución desenfoca de manera interesada el objeto de ese juicio, desplazándolo desde el territorio que le es propio, el derecho a la negociación colectiva en su condición de derecho constitucionalmente protegido, a otro escenario que, al ser ajeno al conflicto, tiene el efecto de ocultar la verdadera controversia constitucional. En otras y resumidas palabras, el centro del debate de constitucionalidad reside en discernir si la composición de un conflicto de intereses adoptada de manera coactiva y en contra de la común voluntad de ambas partes es compatible con la autonomía negocial consagrada en el art. 37.1 CE. En caso de una respuesta negativa al anterior interrogante, el carácter tripartito – o, incluso, y al límite, el carácter estrictamente sindical - del órgano que adopta la decisión de someter a una solución obligatoria ni quita ni añade elemento alguno al juicio alcanzado. El órgano decisor es la herramienta o el instrumento del que el legislador se vale para articular su concreta opción política, consistente en zanjar de manera imperativa las legítimas discrepancias que hubieren podido aparecer en el curso de la negociación dirigida al “descuelgue”, en una determinada organización empresarial, del convenio colectivo aplicable, de sector o de empresa, negociación que se dio por cerrada sin acuerdo.

5. Una vez conclusos, en los términos expuestos, los juicios de constitucionalidad (*recte*: de mera legalidad ordinaria) sobre la justificación objetiva y la razonabilidad y proporcionalidad de la medida limitativa del derecho a la negociación colectiva implantada por el art. 82.3 ET, la presente Sentencia descarta que a la regulación instituida en ese pasaje legal le pueda resultar de

aplicación la doctrina sentada por las SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 92/1992, de 11 de junio, intentando así reafirmar, a mayor abundamiento, el ajuste constitucional de la regulación de la figura del laudo obligatorio impugnado. Del relevante capítulo de discrepancias que mantengo con esta Sentencia, la inaplicación a la regla jurídica a examen de la doctrina establecida en esa jurisprudencia se instala, de seguro, en primera posición. Para fundamentar este disenso, comenzaré por acreditar la plena identidad entre la regla cuya inconstitucionalidad declaró la STC 11/1981 y la que ahora se enjuicia.

Los preceptos sobre los que versó el juicio de constitucionalidad en su día emitido por la referida STC 11/1981 eran los arts. 25.b y 26 del RD-Ley 17/1977 que, en esquemática síntesis y en lo que aquí importa destacar, preveían el siguiente procedimiento para la solución de los conflictos colectivos económicos o de intereses: 1) planteado un conflicto de esta naturaleza, las partes habían de sujetarse a un trámite de conciliación ante la autoridad laboral, pudiendo acordar, de haber concluido dicho trámite sin avenencia, la sumisión a un arbitraje voluntario, en cuyo caso designarían a uno o varios árbitros y 2) en el supuesto de que las partes no llegaran a acuerdo ni se sometieran a arbitraje voluntario, la autoridad laboral “dictará laudo de obligado cumplimiento, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas”.

En este contexto normativo, el conflicto objeto de conocimiento que se le planteó a este Tribunal y que hubo de resolver quedó identificado, por la propia sentencia 11/1981, en los términos siguientes:

“De este modo, el problema de la constitucionalidad del artículo 25 del Real Decreto-Ley 17/1977 y, como consecuencia, el del 26, se plantea en dos sentidos: uno, (...); otro, en lo que respecta a la posible y eventual violación del artículo 37 de la Constitución y del principio de autonomía colectiva en el marco de las relaciones laborales.

En el primer sentido (...).

Más difícil de resolver es la segunda cuestión, esto es, *la medida en que la articulación de un llamado arbitraje público obligatorio para resolver los conflictos sobre modificación de condiciones de trabajo, y en especial el conflicto nacido del fracaso de la negociación del convenio, puede contravenir el derecho de negociación consagrado en el artículo 37 de la Constitución*” (FJ 24).

A partir de tan sumario recordatorio, la identidad entre los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de los preceptos a contraste es, como se anticipó y ahora se razona, plena y completa, sin matización ni reserva alguna. Por lo pronto y como sucedía en el RD-Ley 17/1977, el supuesto de hecho definido por la Ley 3/2012 también es el desacuerdo surgido en el curso de la composición de un típico conflicto colectivo de trabajo de carácter económico o, por decirlo con el lenguaje de la STC 11/1981, “sobre modificación de condiciones de trabajo”, sin

que tenga la mínima relevancia en el juicio de comparación el que esa modificación se planteaba entonces en un proceso de renovación de un convenio colectivo y se plantea ahora en un proceso de inaplicación de un convenio colectivo. Y en segundo lugar y como se establecía en el RD-Ley 17/1977, la consecuencia jurídica prevista en la nueva versión del art. 82.3 ET es también la imposición de manera obligatoria de una solución articulada a través de la decisión de un tercero.

Una última observación tampoco resultará impertinente efectuar. La condición colegiada y tripartita del órgano al que el art. 82.3 ET encarga sustanciar de manera unilateral e imperativa el conflicto de intereses no resuelto mediante el proceso de negociación abierto, pudiera alegarse, como ya ha sido razonado y descartado, como un elemento que introduce una notable diferencia en el juicio de comparación con el supuesto de hecho sustanciado por la sentencia 11/1981. En relación con este supuesto, dicha sentencia dejó escrito que las dos características esenciales del arbitraje o pseudoarbitraje diseñado en el RD-Ley 17/1977 eran su naturaleza pública y obligatoria. Por decirlo con sus propias palabras: “Para resolver esta cuestión – la compatibilidad entre la sujeción del conflicto sobre modificación de condiciones de trabajo a la decisión de la autoridad laboral y el art. 37.1 CE – no basta, a nuestro juicio, llegar a la conclusión de que ese llamado arbitraje público obligatorio no es genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio. Más allá de las palabras, lo que existe es la sumisión a una decisión de un órgano administrativo” (FJ 24). El simple intercambio del adjetivo administrativo por público no priva al anterior razonamiento de su vigor, siendo perfectamente exportable a la situación ahora a examen: más allá de la denominación y de la composición del órgano decisor, lo que el nuevo art. 83.2 ET establece es una *decisión pública y obligatoria*; y es la naturaleza de esa decisión, y no la composición de aquél órgano, la que ha de analizarse a los efectos del juicio de constitucionalidad.

6. Argumentada que ha sido la identidad existente entre la regla jurídica declarada inconstitucional en la STC 11/1981 y la contemplada en el pasaje legal a examen, en las consideraciones que siguen se razonará la aplicación ahora de la doctrina que fue establecida allí. No obstante y con carácter preliminar, no resultará aún impertinente efectuar unas consideraciones de carácter general, enderezadas a dotar de plena significación a la anunciada aplicación.

La interrelación entre los elementos que convergen en la compleja realidad social no consiente aislar el ámbito de los conflictos de trabajo del resto de problemas que puedan aparecer y aparecen en los más variados escenarios, entre ellos, y desde luego, el económico. Pero la conversión de todo conflicto laboral en un problema público que permita el recurso a formas acusadas de intervencionismo o, lo que resulta igual, la convicción o la mera creencia de una permanente contradicción entre los intereses privados expresados en el conflicto laboral o social y los intereses generales, cuya defensa justificaría el uso de esas formas, se sitúan en un planteamiento jurídico de lleno incompatible con los fundamentos de nuestro texto constitucional; contrariaría de manera frontal y abierta los arts. 7 y 37.1 CE, con una ampliación de la afectación a los arts. 28, tanto en su número 1 como en su número 2.

Las consideraciones que se vienen de efectuar obligan pues a diferenciar entre dos tipos bien distintos de intervencionismo normativo. De un lado, el destinado a 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 del conflicto; de otro, el dirigido a incidir en el conflicto, limitando la capacidad de las partes de solventarlo e introduciendo en el seno del conflicto mismo elementos ajenos a su gestación y desarrollo. Mientras la primera línea de actuación legislativa ha de estimarse como ajustada a los mandatos constitucionales, la segunda ha de descalificarse por vulneradora de esos mandatos. Y es que y en última instancia, la actividad intervencionista del Estado en este campo, en el de la autonomía colectiva, en general y en el de la autonomía negocial más en particular, descansa en una premisa previa que no puede darse de lado ni orillar, cual es la consideración del conflicto entre trabajadores y empresarios como un elemento funcional y fisiológico, y en modo alguno patológico o disfuncional, al desarrollo económico y al progreso social.

El reconocimiento y la promoción del derecho a la negociación colectiva no solo llevan aparejados de manera exclusiva la atribución a los titulares de este derecho de un espacio vital de actuación para la satisfacción (la representación y defensa) de sus intereses, espacio éste que se articula mediante el ejercicio de un haz de facultades jurídicas. Además de ello, la constitucionalización de aquel derecho comporta la aceptación de un modo de plantear y de tratar las controversias que puedan surgir entre trabajadores y empresarios, modo éste que puede condensarse, en fórmula sintética aunque en modo alguno simplista, como la exigencia de perseguir y fomentar de manera constante fórmulas de equilibrio entre los valores e intereses generales y los valores e intereses particulares.

De conformidad con este diseño, que entiendo es el diseño constitucional, cualquier intervención legislativa que sobrepase o no respete este tratamiento, al que ha de conferirse la condición de regla general de actuación en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), habrá de considerarse como excepcional, debiendo valorarse su encaje constitucional a la luz no solo de la capacidad o disponibilidad de las partes para solventar sus controversias sino, además y de manera señalada, de las consecuencias que comporta el mantenimiento de esa controversia en el conjunto de la sociedad y en el ejercicio de otros derechos igualmente reconocidos y protegidos constitucionalmente. En suma: la conversión de la excepción en regla general es de todo punto incompatible con la autonomía colectiva consagrada en el art. 37.1 CE.

La función del Estado no puede articularse, a través de una actividad sustitutiva ni de la negociación colectiva ni de la solución del conflicto que ésta tiende a solventar. Las reglas ordenadoras de la intervención normativa estatal en el campo de la negociación colectiva que expresen esta función promocional han de ser no solo potenciadoras de la autonomía colectiva; además de ello y sobre todo, han de observar el mandato constitucional. En caso contrario, tales reglas violarán los principios informadores del sistema de relaciones laborales colectivas constitucionalmente consagrados, formando parte de este capítulo las fórmulas, abiertas o encubiertas, de arbitraje obligatorio, todas las cuales, sin excepción ni reserva alguna, merecen en principio, en cualquier sistema democrático de relaciones laborales, el calificativo de instrumentos o mecanismos inconciliables con la actividad contractual colectiva.

Por ello, es evidente que las fórmulas de composición del conflicto colectivo de intereses o, más en general, de la conflictividad laboral, no pueden ser enjuiciadas desde una perspectiva constitucional, conforme acomete la Sentencia de mi discrepancia, con arreglo a cánones de mera utilidad, funcionalidad o eficiencia para la satisfacción de determinados objetivos, sean estos la pacificación social, el desarrollo económico o la mejora de los indicadores de competitividad o productividad de la empresa, por citar algunos ejemplos significativos. El problema de aquellas fórmulas no puede valorarse, en suma, a la luz de concretas opciones políticas sino, y ello es bien diferente, en atención y consideración a las consecuencias jurídicas que la consagración constitucional del derecho a la negociación colectiva lleva aparejadas.

7. La STC 11/1981 declaró la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento regulados en el art. 25.b) del RD-Ley 17/1977. Frente a la admisión de fórmulas de arbitraje obligatorio en determinados supuestos de huelga (art. 10 del citado real decreto-ley), la jurisprudencia constitucional entendió que la decisión administrativa obligatoria para resolver

cualquier desacuerdo nacido de un proceso de renovación o modificación negocial de condiciones de trabajo no resultaba constitucionalmente aceptable por carecer de los más elementales motivos justificativos de la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE).

Fue ésta una conclusión que el Tribunal Constitucional sustentó en una doble y combinada inteligencia de las relaciones entre autonomía colectiva e intervención legislativa. Por lo pronto, la STC 11/1981 descartó la idea de que el art. 37.1 CE consagra el derecho a la negociación colectiva en términos tales que ningún otro instrumento puede suplir a éste, considerando que “resultaría paradójico que existiera una bolsa de absoluta y total autonomía dentro de una organización, como la del Estado” que, por definición, lleva aparejada para sus ciudadanos un “factor heteronómico”. En otras y más breves palabras, la autonomía colectiva, al igual que lo que acontece con la autonomía individual, “puede presentar excepciones”, siempre que las limitaciones se encuentren justificadas (párrafo penúltimo, FJ 24). La segunda idea complementa e integra la anterior, en la medida en que instala la justificación de las eventuales restricciones “*en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven puede irrogar a los intereses generales*” (último párrafo, FJ 24), lo que no concurre, precisamente, en el caso del conflicto nacido del mero fracaso de los procesos de negociación del convenio.

La anterior conclusión debe ser aplicada, de pleno, a la fórmula de la decisión o del arbitraje obligatorio establecido por el art. 82.3 ET, en la redacción aportada por la Ley 3/2012. No es cuestión ahora de volver a razonar la plena identidad de los elementos estructurales (supuestos de hecho y consecuencias jurídicas) de la norma enunciada en el RD-Ley 17/1977 que fue declarada inconstitucional (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y de la que se acaba de mencionar. Lo que ahora importa destacar es que esta última, como aquella otra, configura la que, conforme a la jurisprudencia constitucional, ha de calificarse como una excepcional y extremada limitación al derecho de negociación colectiva, cual es la conversión en regla general de la coactiva imposición de una solución al conflicto existente entre unas partes negociadoras, prescindiendo así de la menor valoración sobre voluntades e intereses particulares y voluntad e interés general.

En cualquier hipótesis de fracaso de un proceso negocial abierto con el objetivo de inaplicar el convenio colectivo en una empresa, la solución legal implantada en el art. 82.3 ET se define en modo idéntico: se confiere a la iniciativa de una sola de las partes (que como ya se ha razonado será siempre el empresario) la facultad de activar el mecanismo coactivo, de modo

que el conflicto termina siendo resuelto por una voluntad, la de un órgano público o la de la persona por él designada, que se erige en decisor de un singular conflicto entre intereses particulares mediante el inaceptable expediente de entender que en dicho conflicto hay siempre y por hipótesis un interés general que defender.

Tal es y no otra la idea que se expresa en la exposición de motivos de la propia Ley 3/2012, cuando ésta justifica, con fundamento en “la defensa de la productividad” (art. 38 CE), la opción política de poner en manos de un órgano en el que se encuentra presente la Administración la solución coactiva y obligatoria al conflicto. Y tal es, igualmente, la tesis mantenida por la Sentencia de la mayoría que, al margen de calificar como razonable y proporcionada la medida restrictiva con fundamento en los límites legalmente establecidos, encuentra una justificación objetiva de la misma “en la salvaguarda de la competitividad y viabilidad de la empresa como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo”.

Y es esa doctrina, en esquemática síntesis, de la que he querido y debido distanciarme, entendiendo, en razón de lo alegado, que el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET habría de haberse estimado inconstitucional y nulo, por vulnerador del contenido esencial del art. 37.1 CE.

8. Por lo demás, y no es lo de menos, debió igualmente de ser ésta y no otra la decisión adoptada por la mayoría en base a las conclusiones contenidas en el Informe aprobado en la 320ª reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), celebrada los días 13 a 27 de marzo de 2014 (GB.320/INS/12) en el que se resolvieron precisamente las diferentes quejas formuladas por distintas organizaciones sindicales sobre las reformas legislativas efectuadas sobre negociación colectiva en la legislación española. En concreto, la conclusión 464 señala que “la suspensión o derogación – por vía de decreto, sin acuerdo de las partes – de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del Convenio núm. 98. Si un Gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos”

Bien que referida al supuesto de derogación del convenio por un cauce legal, la conclusión ahí enunciada entiendo que resulta de aplicación al art. 83.2 ET que, conforme a lo previsto en el art. 10.2 CE, debió de ser interpretado a la luz de los compromisos internacionales

asumidos por España; en el caso a examen, a la luz del canon hermenéutico del art. 4º del Convenio de la OIT núm. 98 efectuada por el Comité de Libertad Sindical de la mencionada organización y ratificada por su Consejo de Administración en el reseñado Informe.

### **II.C. La vulneración de los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE) por el art. 84.2 ET, en la nueva redacción dada por el art. 14.3 de la Ley 3/2012, que instituye una regla de atribución al convenio colectivo de empresa de una prioridad aplicativa de carácter absoluto**

1. El tratamiento que la Sentencia de la que me aparto hace de este segundo reproche de inconstitucionalidad, relativo a la presunta vulneración por el art. 84.2 del ET de los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE), ilustra de manera ejemplar el transversal déficit de argumentación jurídico-constitucional del que, como ya se ha tenido ocasión de razonar, hace gala este pronunciamiento. Manteniendo la estructura interna de los Fundamentos Jurídicos precedentes, el FJ 6, a través de sus seis apartados alfabéticos, se limita a analizar la queja articulada por la recurrente a través de nudas valoraciones de legalidad ordinaria – algunas de las cuales, por cierto, son hartamente discutibles y otras, en cambio, hacen suyos tradicionales y no controvertidos lugares comunes -, no resultando posible vislumbrar, ni tan siquiera de manera colateral, la presencia de un canon de constitucionalidad.

Una lectura, incluso superficial, de los razonamientos contenidos en el mencionado FJ así lo confirma; corrobora, en efecto y sin margen alguno para la duda, los criterios identificativos de la desestimación del presente reproche, basados todos ellos en consideraciones que, a pesar de tener un contenido formal y material de mera legalidad, se enuncian al estilo de argumentos demostrativos de la plena e indubitada conformidad constitucional del precepto legal impugnado. En cita que no tiene otro propósito que el de dotar a esta censura, de manera ejemplificativa, de una obligada consistencia fáctica, se encuentran las siguientes reflexiones: facultad de las partes negociadoras de elegir, al amparo del art. 84.2 ET, “la unidad de negociación” y, por lo mismo, de poder seguir “negociando convenios colectivos sectoriales” (apar. b); reconocimiento de ese mismo pasaje legal a los acuerdos interprofesionales de la capacidad de establecer cláusulas de ordenación de la estructura de la negociación colectiva (párrafo primero, apar. c); posibilidad de que las condiciones de trabajo establecidas en convenios sectoriales sigan aplicándose en las empresas que no hacen uso de la regla de

conurrencia *ex* art. 84.2 ET (párrafo segundo, apar. c); ámbito de aplicación de la regla de concurrencia enunciada en el precepto impugnado (apar. d) e identificación de los sujetos negociadores de los convenios de empresa, con especial alusión a las secciones sindicales (apar. e).

En realidad, el enfoque metodológico utilizado por la Sentencia de la mayoría no es sino la consecuencia lógica de la premisa que informa la concepción del derecho a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE, con la que estoy en completo desacuerdo, y que se reitera con monótona insistencia a lo largo de la argumentación enderezada a desestimar la impugnación del art. 84.2 ET por vulneración de ese derecho constitucional. En tal sentido, la resolución que enuncia la opinión mayoritaria de este Tribunal dirá que “no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, sino que el art. 37.1 CE se limita a reconocer el derecho a la negociación colectiva y a encomendar su garantía al legislador” (párrafo primero, apar. a); que la Constitución no impone un sistema centralizado o descentralizado de negociación, remitiendo “al legislador la garantía de la negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo, sin hacer distinciones al respecto” (párrafo segundo, apar. a); que, al ser el derecho a la negociación colectiva un “derecho de configuración legal, corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios” (párrafo tercero, apar. a) y, en fin y en base de todo ello, que el legislador ha decidido reducir “el margen de intervención de la autonomía colectiva para establecer la estructura de la negociación” (párrafo cuarto, apar. a).

En la concepción adoptada por la Sentencia de la que discrepo, el derecho a la negociación colectiva enunciado en el art. 37.1 CE está privado pues de todo contenido normativo; o, lo que es igual, el alcance de este precepto constitucional se circunscribe a conferir al legislador ordinario una facultad incondicional de ordenación de la autonomía negocial. En razón de ello, la regla instituida en el art. 84.2 ET por la que se reconoce al convenio de empresa una prioridad aplicativa absoluta en situaciones de concurrencia convencional no comporta una restricción o limitación contraria al contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva; es, sencillamente, el resultado de una legítima opción de política legislativa, cuyos objetivos finales son, por decirlo en los términos de la sentencia, “la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo” (párrafo cuarto, apar. a).

Al estilo de lo que igualmente es predicable de los razonamientos ofrecidos para desestimar la queja anterior, también ahora la notable y bien apreciable vaciedad de

argumentación jurídico-constitucional que fundamenta la conformidad constitucional del art. 84.2 ET no me permite abrir un diálogo en divergencia con la Sentencia de la que discrepo; de aceptar este enfoque, incurriría en el reproche metodológico que estoy denunciando. De ahí que las reflexiones que seguidamente efectuaré discurrirán por la única vía desde la que ha de enjuiciarse cualquier tacha de constitucionalidad semejante a la aquí enjuiciada: verificar si la regulación impugnada instituye o no una restricción a un derecho constitucionalmente garantizado.

Antes de iniciar la tarea apenas anunciada, me parece de todo punto pertinente dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en relación con el alcance y configuración del art. 37.1 CE, saliendo al paso, así pues, de la endeble premisa sobre la que se sustenta la entera argumentación sobre la conformidad constitucional del art. 84.2 ET; a saber; la configuración del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente establecido como un derecho de configuración legal. Muy antes al contrario y como ya fue razonado con apoyo en una constante y consolidada jurisprudencia de este Tribunal, el art. 37.1 CE, además de definir una garantía institucional, enuncia unas garantías subjetivas, que son, precisamente, las que el referido pasaje legal violenta y lesiona.

2. Con vistas a ofrecer una cabal comprensión de los alegatos que de seguido han de formularse, no me parece impertinente comenzar por definir el sentido y alcance de la reforma marco llevada a cabo en el contenido normativo del art. 84.2 ET por el art. 14.3 de la Ley 3/2012.

En concreto, la Ley 3/2012 ha alterado la regulación precedente, actuando en un doble y combinado frente normativo. En primer lugar, ha suprimido de la literalidad del art. 84.2 ET la referencia a la posibilidad de condicionar la prioridad aplicativa de los dos niveles negociales ahí mencionados (el de empresa y el de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas) a la inexistencia de pacto en contrario formalizado en el marco del art. 83.2 ET. En segundo lugar, ha procedido a configurar de manera expresa la citada regla de solución de los conflictos de concurrencia como una regla de orden público, clausurada a la actividad contractual colectiva. Por enunciarlo en sus propios términos: “los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”.

La consecuencia inmediata de este cambio legislativo ha consistido en la privación 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.

Desde una perspectiva constitucional, el problema que plantea la nueva regulación de la regla de solución de concurrencia entre convenios colectivos estatutarios no se centra en determinar, como equívoca e interesadamente sugiere la Sentencia de mi divergencia, la compatibilidad constitucional de las opciones legislativas favorables a la descentralización negocial. Desde luego, el art. 37.1 CE permite al legislador introducir medidas que incentiven tanto la centralización de la negociación colectiva como su descentralización, optando en uno u otro caso por fórmulas muy variadas en atención a su incidencia o grado. El conflicto constitucional aquí planteado es bien otro, no afectando a la opción de descentralizar la actividad contractual colectiva, que ya había introducido la reforma de 2011, sino, y ello es bien distinto, a los términos en los que dicha opción ha sido articulada jurídicamente.

En las reflexiones que siguen, se fundamentará la vulneración constitucional de la reforma del art 84.2 ET llevada a cabo por la Ley 3/2013 de los arts. 37.1 y 28.1, ambos del texto constitucional, resultando de todo punto pertinente comenzar por razonar la naturaleza relacional de estos dos pasajes constitucionales.

3. A lo largo del ya dilatado ejercicio de su función jurisdiccional de naturaleza constitucional, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de ir elaborando una doctrina, hoy plenamente asentada, acerca de las relaciones entre autonomía negocial y libertad sindical, no resultando difícil descubrir un cuerpo de criterios orientados y dirigidos a un claro objetivo: la especial protección negociadora de la que disfruta el sindicato.

De un examen de conjunto de la doctrina constitucional enunciada, se advierte de inmediato que la misma es el resultado de un complejo, pausado y articulado proceso de interpretación asentado en dos ejes sustantivos - 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 - y un eje procesal: el acceso del derecho a la negociación colectiva a la protección dispensada por el amparo constitucional cuando concurre un factor de sindicalidad. O por decirlo con la consolidada dicción del propio TC: “la libertad sindical comprende inexcusablemente aquellos medios de acción sindical, entre ellos la negociación colectiva, que contribuyen a que el sindicato pueda desenvolver la actividad a la que está llamado

por la CE” (entre otras muchas, SSTC 9/1988, de 25 de enero, FJ 2; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FJ 3; 208/1993, de 28 de junio, FJ 4; 74/1996, de 30 de abril, FJ 4; 107/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 121/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 3). O por enunciar la misma idea de manera más sumaria: “la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la libertad sindical” (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3).

Centrando la atención en lo que aquí interesa, puede convenirse que la configuración del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical es un criterio que este Tribunal ha ido elaborando de manera progresiva y simultánea. Los primeros pronunciamientos en la materia van a estar dominados, más que por las incertidumbres en instituir esa configuración, por la prudencia en fijar el ensamblaje entre actividad contractual y libertad sindical. El Tribunal no desconocerá la pertenencia de la negociación colectiva a la vertiente funcional de la libertad sindical; pero, en un principio, preferirá sugerirlo o apuntarlo más que razonarlo y desarrollarlo. La STC 4/1983, de 28 de enero, ilustra esta orientación, al afirmar que “no corresponde, pues, a este Tribunal pronunciarse sobre el sistema de negociación colectiva, sino en la medida en que afecte al derecho de libre sindicación” (FJ 3).

Esta orientación va a experimentar un importante giro en la relevante STC 73/1984, de 27 de junio, que procede a definir el derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical: “Este Tribunal ha declarado ya en numerosas ocasiones que forma parte del derecho fundamental sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación (...). Ello no es sino consecuencia de una consideración del derecho de libertad sindical que atiende no solo al significado individual consagrado en el art. 28.1, que incluye (...), sino a su significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (FJ 1). La consecuencia de esta conexión será muy relevante: toda actividad tendente a entorpecer o impedir la negociación colectiva puede entrañar, al tiempo, una vulneración de la libertad sindical (entre otras muchas, SSTC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3; 39/1986, de 31 de marzo, FJ 3; 187/1987, de 24 de noviembre, FJ 4; 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5; 127/1989, de 13 de julio, FJ 3; 105/1992, de 1 de julio, FFJJ 2 y 5º 164/1993, de 18 de mayo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 3; 95/1996, de 29 de mayo, FJ 5; 145/1999, de 22 de julio, FJ 3; 80/2000, de 27 de mayo, FJ 4, y 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 3).

En el terreno en el que se han instalado las anteriores reflexiones, una última aún resulta obligada. El art. 37.1 CE atribuye la titularidad del derecho a la negociación colectiva “a los

representantes de los trabajadores (y empresarios)”, empleando así una expresión comprensiva, al menos en una primera impresión, de sujetos colectivos diferentes. Una vez sentada la conexión entre autonomía negocial y libertad sindical, el Tribunal hubo de afrontar una segunda cuestión, consistente en elucidar cuáles, de entre esos sujetos, podían impetrar el amparo constitucional frente a una eventual lesión de la libertad sindical (*recte*: de la negociación colectiva, entendida como contenido esencial de ese derecho fundamental).

La respuesta dada por la jurisprudencia constitucional es bien conocida. A partir de una configuración subjetiva u orgánica del derecho de acción sindical, en lugar de funcional, este Tribunal concluirá entendiendo que solo el sindicato-asociación es titular de los derechos de libertad sindical *ex art. 28.1 CE* y solo él puede, por lo mismo, invocar la violación del derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical (entre otras, SSTC 73/1984, citada; 9/1986, de 21 de enero; 39/1986, de 31 de marzo; 187/1987, de 24 de noviembre; 184/1991, de 30 de septiembre; 213/1991, de 11 de noviembre, y 222/2005, de 12 de septiembre).

4. Conforme se ha tenido ocasión de razonar en el apartado II.A del presente Voto Particular, la libertad de estipulación forma parte del contenido esencial del derecho de negociación colectiva constitucionalmente garantizado en el art. 37.1 CE. Pues bien, la nueva regla enunciada en el art. 84.2 ET, según la redacción introducida por la Ley 3/2012, a tenor de la cual los convenios de empresa gozan de una prioridad aplicativa absoluta frente a los convenios colectivos sectoriales, sea cual fuere su ámbito, constituye una restricción que vulnera la libertad de estipulación, en su condición de manifestación interna de las facultades protegidas por el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado en el art. 37.1 CE. Pero adicionalmente, y en la medida en que dicha restricción afecta a los sindicatos más representativos o representativos del sector, la citada regla también lesiona la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 CE. En las observaciones que siguen, se fundamentará esta vulneración, ahora tan solo anticipada.

Una recta inteligencia de la anunciada vulneración requiere, antes de cualquier otra consideración, recordar que el art. 84.2 ET regula como una norma de orden público o, si se prefiere, de derecho necesario absoluto, sustraído a la disponibilidad de la propia autonomía negocial, la prioridad aplicativa de los convenios de empresa. En virtud de lo dispuesto en el reseñado precepto, esta regla de solución de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos goza así del nivel máximo de protección que el legislador puede otorgar a una

disposición de origen legal y naturaleza laboral; aquel que veda o proscribe a la negociación colectiva no ya establecer regulaciones menos favorables sino, con mayor intensidad impositiva, alterar en cualquier sentido la regla jurídica previamente instituida en dicha disposición legal.

Desde luego, las normas de derecho necesario absoluto no constituyen una tipología de normas estatales laborales desconocida en nuestro ordenamiento laboral. No obstante y en un sistema democrático de relaciones laborales, como es el nuestro, sí forman parte de una categoría excepcional ya que, de convertirse el derecho necesario absoluto en regla general, el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado quedaría literalmente asfixiado; o, por formular la idea en otras palabras, se habría privado a las organizaciones sindicales de una de las más relevantes manifestaciones del derecho de libertad sindical, en su vertiente de derecho de actividad. En todo caso, el atributo de excepcionalidad predicable de las normas legales de orden público puede y debe ser valorado a través de un doble parámetro. De un lado, en un sentido cuantitativo, vertiente ésta que comporta la autocontención de los poderes normativos del Estado en el dictado de tales normas, cuyo número ha de ser reducido; de otro, en un sentido causal, dimensión ésta cuya identificación precisa un mayor desarrollo.

En la medida en que este tipo de reglas, la de orden público absoluto, limita el derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE*, la atribución por el legislador a una concreta regla jurídica de esta naturaleza ha de estar fundada en una causa razonable y objetiva, compatible con el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. En términos generales, la consideración de una norma como ley única – que tal es el efecto derivado del orden público absoluto –, en lugar de como ley mínima, ley supletoria o ley básica, ha de estar al servicio del logro de uno de estos objetivos, ambos de raíz constitucional. El primero reside en la protección de un concreto derecho constitucional. El segundo objetivo consiste en asegurar la coherencia y plenitud del sistema jurídico en su conjunto, evitando reglas contrarias o contradictorias; en otras y más breves palabras, garantizar el cumplimiento del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Lo anterior señalado, puede afirmarse con contundencia que la nueva regla establecida por la Ley 3/2012 no respeta el contenido esencial del art. 37.1 CE.

a) Por lo pronto, su consideración como norma de orden público no encuentra justificación en la protección de un derecho constitucional, no siendo en modo alguno invocable como tal, como con una argumentación vacía del mínimo contenido y, por tanto, huera, hace la Sentencia de la que discrepo, la garantía y protección de la “defensa de la productividad” que

reconoce, junto a la libertad de empresa, el art. 38 CE. Además de las argumentaciones que ya he tenido ocasión de señalar sobre el carácter infundado del conflicto de derechos sostenido en esa previsión (II.B.1), cabe añadir ahora que, en la medida en que todo producto de la autonomía negocial tiene un carácter bilateral, interviniendo siempre como partes negociadoras bien los empresarios, titulares de la libertad de empresa, bien las organizaciones empresariales, encargadas de velar por los intereses de sus representados (art. 7 CE), entre otros, por la libertad de empresa y la defensa de la productividad, la invocación del art. 38 CE adquiere, cuando menos y formulado el juicio desde el lado empresarial, un sentido manifiestamente contradictorio y circular, pues, al parecer, sirve simultáneamente como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad. Apartándome de manera resuelta de esta doctrina, reitero ahora que nuestro modelo constitucional de relaciones laborales no consiente una contraposición en abstracto, de manera genérica y sin matizaciones, del derecho a la negociación colectiva con la libertad de empresa y la defensa de la productividad.

En el texto y contexto del art. 84.2 ET, la prioridad aplicativa conferida a los convenios de empresa y regulada como regla de orden público laboral, presuntamente para asegurar la defensa de la productividad y garantizar la libertad de empresa (art. 38 CE), no se fundamenta, sin embargo, en razones vinculadas a necesidades de funcionamiento de la empresa, de cada una de las empresas - ponderada la aplicación de la prioridad de paso de manera singularizada -, como pudieran ser las de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, exigencia ésta que, en cambio, sí lleva a cabo el art. 83.2 del mismo texto legal con ocasión del establecimiento del régimen jurídico relativo al descuelgue de una empresa del convenio colectivo de eficacia general que fuere aplicable en la misma.

Pero es que, y aun cuando se acepte a efectos meramente dialécticos un principio de conexión entre la referida prioridad y la libertad de empresa, la solución legal tampoco podría ser tildada de constitucionalmente razonable y adecuada. Como ha señalado la jurisprudencia constitucional, en tan reiteradas ocasiones que la cita de concretas sentencias resulta ociosa, la colisión entre derechos fundamentales no puede en modo alguno resolverse mediante el total sacrificio de uno y la completa preservación o protección del otro, sino mediante una ponderación de los derechos en juego efectuada a través de diversos cánones, señaladamente del de proporcionalidad. Y es este juicio de ponderación el que precisamente no llevan a cabo, bien que a través de técnicas diferentes, ni la norma legal impugnada ni la Sentencia aquí contestada. Aquella primera lo hace, en efecto, mediante la atribución a los dos elementos básicos

constitutivos de la regla jurídica formulada en el art. 84.2 ET (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) de una virtualidad normativa general, aplicable sin otras ni más limitaciones que las que identifican el supuesto de hecho; para ésta segunda, en cambio, la omisión de todo juicio de ponderación es la lógica derivación de la concepción del derecho de negociación colectiva enunciado en el art. 37.1 CE como un derecho de mera configuración legal, derivación ésta que resulta de todo punto inaceptable, al menos si el soporte de este reproche se formula en atención a la consolidada doctrina elaborada por este Tribunal.

b) Pero la nueva regla del art. 84.2 ET, al margen de no proteger un derecho, bien o valor constitucional alguno, tampoco persigue establecer vínculos o conexiones con otros sectores del ordenamiento jurídico con vistas a asegurar la plenitud y coherencia de nuestro sistema jurídico en su conjunto; es decir, no pretende garantizar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues la atribución o la denegación de una prioridad aplicativa a los convenios de empresa no pone en jaque, ni directa ni indirectamente, regla alguna perteneciente a otro sector o subsector de nuestro ordenamiento jurídico. Muy antes al contrario, el régimen contenido en el precepto legal zarandea con fuerza y contraría el transversal y horizontal principio de seguridad jurídica, también predicable, como no puede ser de otro modo, de ese subsistema normativo en que consiste la autonomía negocial. En la medida, en efecto, en que el juego de la tan citada prioridad comporta una alteración de los ámbitos de aplicación de toda índole (subjetivo, material y temporal, por mencionar los más significativos) del convenio colectivo al que quedó sujeta la empresa cuyo titular decide, a pesar de la existencia de una norma convencional ya en vigor, abrir un trato contractual con vistas a alcanzar un pacto cuyo único y verdadero objetivo es implantar unas condiciones salariales o de tiempo de trabajo menos favorables que las fijadas en el convenio de vigencia originaria, el precepto legal impugnado quiebra el principio de *stare pactis*, que constituye una pieza central para un ordenado y equilibrado funcionamiento del sistema normativo de origen convencional. Con la nueva regulación, los elementos que definen los aspectos más estructurales del convenio colectivo (los ámbitos de aplicación) así como las condiciones de trabajo ya pactadas y que, desde tiempo histórico, forman parte de las materias por excelencia objeto de pactación colectiva (retribución y ordenación del tiempo de trabajo) pueden ser modificados sin traba ni restricción alguna, lesionando así el eje que vertebra y sobre el que se asienta, en un sistema democrático de relaciones laborales, la ordenación y funcionamiento de la negociación colectiva: la garantía de la vigencia aplicativa de las cláusulas pactadas.

c) Una última consideración me parece aún pertinente realizar. Como ya se ha tenido ocasión de razonar en anteriores apartados, uno de los principios de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales consiste en la finalidad última a la que ha de responder la intervención del Estado, y que no es otra, como este Tribunal ha reconocido desde tiempos fundacionales, que lograr de manera constante el reequilibrio de la sustancial asimetría de poder contractual que define, en un sistema de economía de mercado, las posiciones de los trabajadores y sus representantes y de los empresarios y de los suyos. En última instancia, esa finalidad está al servicio de la potencial y progresiva conversión de una 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).

Las sumarias observaciones que se vienen de efectuar vuelven a instalar el art. 84.2 ET en un escenario de confrontación con valores constitucionales. Los estadísticas oficiales sobre la estructura de nuestro sistema de negociación colectiva evidencian que, atendiendo al factor de cobertura, el nivel negocial dominante es el convenio de sector provincial; habida cuenta de la estructura de nuestro tejido productivo, este nivel negocial ha venido actuando tanto históricamente como de presente como fuente convencional reguladora de las condiciones de trabajo en la mayor parte de los sectores económicos en los que abundan las pequeñas empresas (metal, comercio, construcción u hostelería, por citar ejemplos significativos). Esta realidad evidencia que el objetivo final perseguido por el precepto aquí cuestionado no es genéricamente, como con manifiesta equivocidad enuncia la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 y reitera la Sentencia de mi discrepancia, el fomento de la descentralización contractual; ese objetivo es bien otro, consistiendo en astillar de manera definitiva nuestra tradicional estructura negocial, transfiriendo el poder normativo convencional existente en esos niveles, perteneciente a las organizaciones sindicales y a las asociaciones empresariales, al que surge de la negociación de la empresa: los titulares de las pequeñas empresas y la representación de los trabajadores más típica en esas entidades productivas; esto es y señaladamente, la representación unitaria unipersonal. En otras y breves palabras, la finalidad no es lograr una articulada descentralización contractual sino, más rudamente, una descentralización disgregada y atomizada.

Un análisis de los datos de aplicación del art. 84.2 ET confirma estas hipótesis; pero, por encima de ello, evidencia que el reseñado precepto se ha apartado y ha quebrado el principio constitucional que informa y justifica las acciones de intervención del Estado en el ámbito de las relaciones laborales, optando por una regla jurídica que, en lugar de establecer mecanismos que

garanticen, en atención a las cambiantes circunstancias que concurren en cada momento y lugar, razonables equilibrios entre las partes laboral y económica, refuerza los poderes de los empresarios y, por consiguiente, potencia, en lugar de moderar, la asimetría de la fuerza contractual de aquéllos, en detrimento de la de los trabajadores. En esta dirección, me veo obligado a afirmar que las referencias que la Sentencia de mi discrepancia hace sobre el papel negociador de las representaciones unitarias (FJ 6.c) no pasan de tener un carácter retórico, desconectadas no solo de nuestra realidad económica y comercial, sino, además y sobre todo, de las exigencias constitucionales derivadas del principio de igualdad material (9.2 CE) y del propio derecho a la negociación colectiva, cuyo desarrollo legislativo en modo alguno puede hacer declinar los principios informadores del modelo constitucional de relaciones laborales.

Huérfana pues de una justificación objetiva y razonable, la restricción a la libertad de estipulación establecida en la reforma del art. 84.2 ET contraría de manera abierta el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente reconocido en el art. 37.1 CE.

5. La nueva regla especial que atribuye una preferencia de paso absoluta al convenio de empresa en concurrencia con convenios de sector no se limita a infringir el art. 37.1 CE. Además y como efecto conectado, la restricción a la libertad de estipulación infringe una manifestación típica de la libertad sindical: el derecho de negociación colectiva de titularidad de un sindicato.

Como ya se ha dicho y ahora se reitera, el último párrafo del art. 84.2 ET, en la versión establecida por el art. 14.3 de la Ley 3/2012, instituye que “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”.

En concreto, el precepto del mismo texto legal reenviado por el art. 84.2 ET, el art. 83.2, se ocupa de un específico contenido convencional articulado a través de las denominadas cláusulas marco o procedimentales, cuyo objetivo no es establecer una determinada condición laboral sino ordenar la propia negociación colectiva. De ahí el *nomen* con el que habitualmente se identifica al instrumento contractual al que dichas cláusulas se incorporan: “convenio para convenir”. Pero con independencia de su denominación, lo que importa señalar es que las estipulaciones marco traslucen la pluralidad de funciones que los productos de la negociación colectiva cumplen en la actualidad de los sistemas de relaciones laborales. La ordenación de las relaciones laborales es la función socialmente típica; pero no es la única, emergiendo otras que, como la concertación de estipulaciones, tienen como objetivo organizar, planificar y programar

la negociación colectiva con criterios de autonomía y libertad. Por lo demás, entre la diversidad de las estipulaciones marco susceptibles de pactarse, ocupan un lugar privilegiado las cláusulas relativas a la estructura de la negociación colectiva, entendiendo por esta noción la identificación de los niveles dónde puede negociarse así como las relaciones existentes entre los mismos, relaciones que pueden responder a criterios muy diversos, no necesariamente alternativos, como pueden ser el reparto competencial entre niveles o el establecimiento, por el nivel superior, de regulaciones mínimas que han de ser respetadas por los inferiores.

Dotado de una sistemática y de unos contenidos normativos muy sencillos, el art. 83.2 ET - que es, insisto, el precepto legal al que el art. 84.2 ET reenvía de manera expresa - se organiza en dos párrafos. El primero se limita a reconocer la libertad de las asociaciones sindicales y empresariales más representativas, de ámbitos estatal y autonómico, de pactar en acuerdos interprofesionales “cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”. El segundo párrafo, de su parte, reitera la previsión anterior, bien que previendo la negociación de esas mismas cláusulas en instrumentos contractuales de ámbito parcialmente diferente: en lugar de a través de acuerdos interprofesionales, mediante “convenios o acuerdos colectivos sectoriales”, en esos mismos ámbitos estatal o autonómico. La inclusión de este tipo de cláusulas en este segundo grupo de productos negociales produce, como efecto añadido, una ampliación de los sujetos negociadores: además de la participación de los sindicatos más representativos, también pueden intervenir ahora los sindicatos representativos del sector en el que se negocie.

La conexión entre la prohibición establecida en el último párrafo del art. 84.2 ET y la libertad sindical es manifiesta e irrefutable. En la medida en que los acuerdos interprofesionales o los convenios y acuerdos sectoriales solamente pueden ser pactados, en representación de los trabajadores, por organizaciones sindicales, la imposibilidad de que a través de esta vía se pueda disponer de la regla que confiere una preferencia de paso absoluta al convenio colectivo de empresa constituye una violación del art. 28.1 CE; esto es, vulnera de manera frontal la libertad sindical. En otras palabras, la privación a los sindicatos más representativos y a los representativos de sector de la facultad de negociar de manera plena con los agentes económicos la estructura contractual, fijando en qué niveles puede o no abrirse el trato contractual y definiendo las reglas para solventar los eventuales conflictos de concurrencia, constituye un grave impedimento u obstáculo para el ejercicio de la acción sindical que, por ser contrario al

contenido esencial de ese derecho fundamental, habría de haber sido declarado lesivo a la libertad sindical y, por lo mismo, anulado.

6. Antes de dar por cerrada la argumentación de este motivo de inconstitucionalidad, no resulta impertinente traer a colación, de un lado, el entorno fáctico que precedió al dictado de la regla cuestionada y, de otro, el dictamen que ha precedido, en este caso, a la Sentencia ahora contestada. Uno y otro, en realidad, no hacen sino corroborar las infracciones constitucionales alegadas, poniendo de manifiesto, adicionalmente, la escasa sensibilidad del legislador hacia las expresiones de diálogo social, articuladas a través de los denominados acuerdos colectivos interprofesionales o en la cumbre.

Comenzando por centrar la atención en el dictamen que ha antecedido a la sustanciación del presente recurso de inconstitucionalidad mediante la Sentencia que estoy contestando, es de todo punto conveniente reseñar que, entre los días 13 y 17 de marzo de 2014, el Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) celebró la 320ª reunión, conociendo y aprobando el Informe final procedente de los variados dictámenes previamente deliberados y acordados en el seno del Comité de Libertad Sindical. Dicho Informe hubo de pronunciarse sobre distintas quejas promovidas por diferentes organizaciones sindicales españolas, entre otras, y en lo que ahora importa reseñar, contra el contenido del art. 84.2 ET, reformado por la Ley 3/2012. En concreto, la primera de las “Conclusiones específicas” sobre esta queja, enunciada en el apartado 453 del Informe final, dice lo siguiente, cuyo contenido transcribo en su literalidad:

*“El Comité constata que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98 [...]. A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar en determinados casos la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y, pudiendo ser tratado de diferentes maneras, éstas deberían concretarse en el marco del diálogo social”*. (Cursiva y subrayado en el original).

Girando ahora el ángulo de análisis hacia el otro elemento, el entorno, conviene recordar que, pocos días antes de iniciarse la denominada reforma de 2012 mediante la promulgación del RD-Ley 3/2012, el 25 de enero, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más

representativas de ámbito estatal suscribieron el por ellas denominado “II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014” (IIANEC).

De manera sorpresiva y, sobre todo, innecesaria, el nuevo art. 84.2 ET no solo dejó en letra muerta los pactos ya alcanzados en el marco del art. 83.2 ET sobre estructura negocial, arrumbándolos y abortando su aplicación futura. La atribución al convenio de empresa de una prioridad aplicativa incondicionada y absoluta, inmune al ejercicio de la autonomía negocial, ha de calificarse además como vulneradora de la libertad de estipulación de las organizaciones sindicales.

Los arts. 28.1 y 37.1, ambos CE, habilitan a las organizaciones sindicales a planificar y programar la estructura de la negociación colectiva en un sentido acorde a sus intereses, debiendo descalificarse, por inconstitucional, las formas más extremadas de dirigismo estatal, que no otra finalidad cumplen que la de restringir derechos constitucionales sin más bagaje justificativo que el que ofrece o puede ofrecer en cada momento la oportunidad política. Un comportamiento semejante, además de ser gravemente lesivo de aquellos concretos derechos, lesiona relevantes principios básicos del Estado social y democrático de Derecho, entre otros y como recuerda con toda razón el Informe de la OIT, el diálogo social (art. 7 CE).

### **III. La vulneración del art. 35.1 CE a resultas de la implantación por el art. 4.3 de la Ley 3/2012 de un período de prueba de un año de duración en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores**

1. El primero de los preceptos impugnados objeto de análisis por la Sentencia de la mayoría es el art. 4.3 de la Ley 3/2012, que fija en un año de duración el período de prueba susceptible de ser pactado en la nueva modalidad contractual instituida en esta norma legal, “el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores” (CAE, a partir de ahora), modificando así, y en este concreto aspecto, el régimen común establecido por el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET) sobre el pacto de prueba, a cuya regulación aquel pasaje legal se remite en bloque en lo restante, sin ulteriores excepciones.

Antes de ofrecer las razones de mi disentimiento en relación con la desestimación de la primera de las vulneraciones que el Parlamento de Navarra reprocha a aquel precepto, la relativa al art. 35.1 CE, me parece de todo punto obligado salir al paso y cuestionar algunas de las premisas de índole metodológica que pretenden sustentar, formal y materialmente, la citada desestimación.

En el inicio mismo del Fundamento Jurídico que se dedica a examinar el amplio capítulo de lesiones de derechos constitucionales que la parte recurrente imputa al mencionado art. 4.3, la Sentencia de la que me aparto señala que tanto en la argumentación del recurso de inconstitucionalidad como en las alegaciones del Abogado del Estado se ha concedido “muchísima relevancia” a la cuestión de si el período contemplado en ese pasaje legal “constituye, en realidad, un auténtico período de prueba”; esto es, si responde o no a la naturaleza y finalidad de dicha institución. Efectuada la anterior constatación, la Sentencia de la mayoría manifiesta que “este debate resulta por completo ajeno al control de constitucionalidad que corresponde efectuar a este Tribunal”. Y ello, en atención a que el tan meritado período de prueba no es “una figura expresamente prevista y regulada en el texto constitucional”, de modo que lo “único relevante a efectos de nuestro análisis es determinar si el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera o no el art. 35.1 CE, (...)” (FJ 3 A.a).

Como no puede ser de otro modo, comparto sin reserva alguna la aseveración que clausura la anterior reflexión, siendo indiscutible que lo decisivo a efectos del presente juicio de constitucionalidad es discernir si la regla ahora impugnada contraría o no el art. 35.1 de nuestra Carta Magna. Pero no puedo en modo alguno coincidir con el punto de partida o, si se prefiere, con la premisa que desencadena y conduce a la conclusión que cierra la anterior reflexión. La atribución a la institución a debate de la condición jurídica propia del período de prueba trae causa de la ley, debiendo en principio presumirse una correspondencia plena entre el *nomen* asignado por el legislador y la configuración (naturaleza, funciones o efectos, por citar algunos elementos significativos) que resulte de aplicación. En el caso a examen, la denominación de período de prueba no es solamente la que se contiene en el art. 4.3 de la Ley 3/2012; además de ello, la definitiva e indiscutible caracterización como período de prueba deriva de la explícita remisión que este precepto efectúa al art. 14 ET, que se abre precisamente bajo dicha denominación.

Por lo demás, la demostración más fehaciente de que el tan reseñado art. 4.3 a discusión regula la institución del período de prueba y no otra diferente la suministran los razonamientos que la propia Sentencia de la mayoría efectúa a lo largo de su alegato desestimatorio de la lesión del art. 35.1 CE. Por invocar el que se erige en el más vistoso de todos ellos, este pronunciamiento, inmediatamente después de haber razonado en los términos expuestos, no dudará, sin embargo y con motivo de la identificación del problema constitucional sometido a su enjuiciamiento, en suscitar y dar respuesta a uno de los más típicos debates dogmáticos que han acompañado, a lo largo de su ya dilatada andadura normativa, cual es el relativo a la naturaleza

de la decisión del empresario de extinguir el contrato de trabajo antes del vencimiento de la duración pactada en el mismo.

2. Tras la promulgación de los textos constitucionales en los que el Estado - tal y como decidió el poder constituyente en España – busca su razón de ser en la construcción y desarrollo de un Estado social y democrático de Derecho, base del pacto social fundante del propio Estado (art.1.1 en relación con el art. 9.2, ambos CE), la maduración de los modernos sistemas jurídicos de relaciones laborales queda vinculada de manera estrecha a la progresiva y nada fácil consolidación del derecho social por excelencia; a saber: el derecho al trabajo, que nuestra Constitución sitúa en el capítulo II del Título I (art. 35.1 CE). De acuerdo con una interpretación sistemática del conjunto de derechos laborales, individuales y colectivos, reconocidos a lo largo del articulado de nuestra Carta Magna y origen del proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, la lacónica expresión “derecho al trabajo” del art. 35.1 CE obliga a los poderes públicos y, en especial, al legislador a la aprobación de normas y a la promoción de acciones políticas enderezadas a 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. Por ello el Derecho del Trabajo ha sido una pieza esencial en el proceso de construcción del Estado social, y sigue siendo un instrumento básico para garantizar que el Estado cumpla los fines que así lo caracterizan y que se resumen en procurar una mayor igualdad social y, por tanto, en proteger a los sectores sociales menos favorecidos (art. 1.1, en relación con el art. 9.2, ambos del texto constitucional). Son muchas las sentencias en las que este Tribunal se pronuncia sobre el carácter tuitivo y compensador del Derecho del Trabajo y sobre su función, por ende, de tutela del trabajo, erigiéndose ese sector del ordenamiento, desde el propio texto constitucional, en un ordenamiento esencialmente juridificado, limitador de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, en especial, de la autonomía negocial del empresario y de sus poderes de organización y dirección (entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril; 26/1981, de 17 de julio; 3/1983, de 25 de enero; 142/1993, de 22 de abril, y 125/1995, de 24 de julio).

La ubicación sistemática del derecho al trabajo *ex* art. 35.1 CE, salvo el supuesto específico del derecho al trabajo contemplado en el art. 25.2 CE, no permite ni su exigibilidad

directa ante los tribunales ordinarios ni la posibilidad de formalizar recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, lo que ha restado a este último posibilidades de haber podido elaborar una doctrina sobre el referido derecho. A pesar de las circunstancias que militan en contra, este Tribunal ha tenido oportunidad de emitir una serie de relevantes pronunciamientos sobre la conexión entre aquel derecho cívico y la extinción del contrato de trabajo, en especial la derivada de la voluntad unilateral del empresario; la práctica totalidad de esos pronunciamientos ha entrado a examinar, precisamente, la configuración de este poder extintivo del empresario y, sobre todo, sus límites en atención al reconocimiento del derecho al trabajo y su posición central en el Estado social y democrático de Derecho.

En esa dirección, la STC 22/1981, de 2 de julio, con ocasión del conocimiento y resolución de una cuestión de inconstitucionalidad contra la entonces Disposición Adicional quinta del ET-1980 que establecía la jubilación forzosa a los 69 años, hubo de pronunciarse acerca de la vulneración por aquel pasaje estatutario de los arts. 14 y 35 CE. En relación con este último, el Tribunal dejó escrito que integran el “contenido” del apartado primero no sólo la libertad de trabajar, sino “también el derecho a un puesto de trabajo” que, en “su vertiente individual”, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa” (FJ 8).

En la STC 20/1994, de 27 de enero, se ahonda en el contenido del art. 35.1 CE, considerando que forma parte de los “aspectos básicos” de su estructura, “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario”, la cual incluye, además de las garantías formales y causales del despido, el resarcimiento económico (indemnización). En efecto – sigue razonando el Tribunal-, “la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales entre empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo (SSTC 123/1992, 98/1993 y 177/1993)” (FJ 2).

De su lado y en fin, la STC 192/2003, de 27 de octubre, analiza si los razonamientos utilizados por las resoluciones impugnadas para fundamentar la cláusula de la buena fe contractual en el caso del despido disciplinario, se adecuan a los valores y exigencias constitucionales, concluyendo que dicha adecuación “aparece reforzada por el hecho de que

tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y el 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho. No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio (FJ 8), que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa” (FJ 4).

Al diseñar o reformar el régimen jurídico del despido, el legislador no puede desconocer el derecho al trabajo *ex art.* 35.1 CE, cuyo contenido esencial debe ser respetado en todo caso, tal y como obliga el art. 53.1 del propio texto constitucional. Como se desprende de forma meridiana de los pronunciamientos constitucionales invocados, el art. 35.1 CE impone una configuración formal y causal de cualquier manifestación extintiva del contrato de trabajo debida a la voluntad unilateral del empresario, lo que incluye una “reacción” firme del ordenamiento contra las extinciones sin causa. En otras y más breves palabras, la desregulación de las dos grandes modalidades de despido (por incumplimiento del trabajador de los deberes contractuales y por razones relacionadas con el funcionamiento de la empresa) resultaría de todo punto incompatible con el art. 35.1 CE, de modo que queda proscrito, por mandato constitucional, el establecimiento de extinciones *ad nutum* a las que alude la ya citada STC 192/2003, pues la medida afectaría al contenido esencial del derecho al trabajo.

En suma, el proceso de juridificación del despido que se ha ido desarrollando desde los orígenes del contrato de trabajo, no solo se consolida tras la CE, sin posibilidad de volver a sus orígenes del desistimiento *ad nutum* o despido libre, sino que su regulación y, en su caso, sus reformas solo pueden ir dirigidas en una sola dirección: adecuar sus reglas y la interpretación de las mismas a las exigencias constitucionales.

3. Pero además de la doctrina constitucional, es obligado traer a colación y examinar los condicionamientos internacionales y comunitarios, también aludidos por la STC 192/2003 al mencionar los “compromisos internacionales”, a los que igualmente se halla vinculado el legislador en la medida en que, una vez cumplidos los requisitos constitucionalmente establecidos, se convierten en normas vinculantes para el legislador, como acontece con las normas comunitarias (art. 93 CE), o pasan a formar parte del ordenamiento interno, como sucede con los tratados internacionales (art. 96.1 CE). En materia de derechos y libertades fundamentales, el art.10.2 CE exige, además, la interpretación de los reconocidos en nuestro texto constitucional conforme, se dice expresamente, “a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias”.

Los más relevantes compromisos internacionales y comunitarios que obligan a una configuración legal del despido formal y casual, y a interpretar las normas de la forma más favorable a dicha configuración en la medida en que pertenece al contenido del derecho al trabajo *ex art. 35.1 CE*, son:

a) En el ámbito comunitario, el reconocimiento expreso del derecho “de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado” se encuentra expresamente recogido en el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (Carta de Niza), incorporada al Tratado de la Unión por virtud de lo dispuesto en el art. 6 del Tratado de Lisboa de 2007. Esta incorporación ha tenido el efecto de reforzar notablemente el carácter causal del despido y la necesidad de adoptar sistemas de “reacción adecuados” contra los ceses empresariales, a fin de evitar el debilitamiento del derecho al trabajo y, a su través, el vaciamiento de su función tuitiva, que ha de entenderse integrada en su código genético.

b) En el ámbito internacional europeo, la Carta Social Europea (CSE) de 1961, en su versión revisada de 1996, consagra expresamente “el derecho a la protección en caso de despido” (art. 24), derecho éste en el que se incluye el “no ser despedido sin causa justa relacionada con su capacidad o su conducta, o basado en la necesidad operativa de la empresa establecimiento o servicio”, así como el derecho de los trabajadores despedidos sin causa justa a una “indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. A fin de asegurar la efectiva puesta en funcionamiento de este conjunto de derechos, las Partes se comprometen a garantizar que todo trabajador que haya sido objeto de un despido sin “causa justa pueda recurrir esta medida ante un órgano imparcial”. Al margen de todo ello, el art. 4.4 de este mismo texto

compromete a las Partes firmantes a reconocer el derecho “de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”.

En relación con este conjunto de declaraciones, resulta pertinente recordar que el Gobierno griego, aplicando lo acordado en el *Memorandum* de su rescate financiero, introdujo un período de prueba de un año de duración en unos nuevos contratos de trabajo. Promovida por diferentes sindicatos griegos la oportuna queja contra esta medida normativa, el Comité Europeo de Derechos Sociales entendió por unanimidad que el período de prueba de un año se opone al art. 4.4 de la CSE, razonando del modo siguiente: “Si bien es legítimo establecer períodos de prueba (...), el concepto no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada (a fin de evitar) que las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces. (La legislación griega) no ha previsto que haya un período de notificación ni pago de indemnización alguna en el caso de que un contrato de trabajo, que es calificado como permanente por la ley, sea extinguido durante el período de prueba de un año establecido en la misma” (*Resolution CM/ResChS (2013) 2*)

c) Por último y también en el ámbito internacional, no puede dejar de citarse el Convenio de la OIT núm. 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, al que se une la Recomendación núm. 166 de igual fecha y título, habiendo venido a sustituir uno y otra a la Recomendación de 1963. De este muy relevante convenio, que fue ratificado por España el 16 de febrero de 1985 y, por tanto, integrado en nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 CE), cabe destacar el enunciado de su art. 4 a tenor del cual:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Junto a la caracterización causal del despido en los términos señalados, el Convenio 158 diseña un conjunto de normas sobre muy variados aspectos, entre otros: las formalidades que deben reunir los despidos, tanto los disciplinarios como los debidos al funcionamiento de la empresa, las reglas que garantizan el derecho de defensa del trabajador ante los despidos injustificados, las prohibiciones de despedir en determinados casos, las sanciones aplicables a los empresarios que incumplan las exigencias formales y causales y, en general, todo el régimen mínimo que garantiza una adecuada protección contra los despidos injustificados. Además de su

ejecutividad, el mencionado convenio, en la medida en que regula el contenido del derecho al trabajo en lo atinente a la continuidad de la relación laboral, salvo justa causa, sirve sobremanera de pauta interpretativa en la elaboración constitucional y legal de dicho derecho fundamental.

En este orden de consideraciones, no estará de más dejar constancia de un recordatorio que pretende completar una información de derecho comparado suministrada por la Sentencia de mi disenso. Por lo pronto, la Sentencia de la mayoría da cuenta del Informe de la OIT de 6 de noviembre de 2007 que sustanció la queja promovida por diferentes sindicatos franceses con motivo de la aprobación en el 2005 de una nueva figura de contrato de trabajo en el que se preveía que durante el plazo de dos años no se aplicarían las garantías legalmente previstas para el despido empresarial. En aquella ocasión, la OIT entendió que, a pesar de no poder admitir como razonable una duración semejante, no podía descartar la posibilidad de que estuviera justificado un período de tiempo superior al común de seis meses (FJ 3 A.e). Pero lo anterior recordado, la Sentencia de la que discrepo se olvida de un segundo y relevante dato; a saber: que la *Chambre Social* de la *Cour de Cassation* francesa, en sentencia de 1 de julio de 2008, declaró contrario al art. 4º del Convenio 158 OIT la Ordenanza de 2 de agosto de 2005, que fue la que instauró el contrato denominado “de nuevos empleos”, aplicable a las empresas de menos de 20 trabajadores, configurado como un contrato de duración indefinida en el que, durante los dos primeros años, quedaba en suspenso la norma general del derecho francés que impone la causalidad del despido, pudiendo el empresario resolver el contrato sin justa causa (*ad nutum*). La mencionada sentencia, tras analizar dicho régimen jurídico, consideró que un periodo tan excesivo no es “razonable”, como exige el convenio de la OIT, pues priva al trabajador de lo esencial de sus derechos en materia de despido, colocándolo en una situación comparable a la existente en un momento anterior a la Ley de 13 de julio de 1973 en la cual la carga de la prueba del abuso de la ruptura recaía en el trabajador. Y concluyó su razonamiento estimando que esta regresión es contraria a los principios fundamentales del derecho del trabajo, desarrollados por la jurisprudencia y reconocidos por la ley, privando a los trabajadores de las garantías de ejercicio de su derecho al trabajo.

4. La Sentencia de la que discrepo declara que este Tribunal “sí puede y debe emitir un pronunciamiento específico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del impugnado art. 4.3 de la Ley 3/2012, a efectos de enjuiciar su constitucionalidad” (FJ 3 A.f), cuyo sentido es desestimatorio. Desde luego, coincido, como no puede ser de otro modo, en la competencia de este Tribunal para emitir un juicio de constitucionalidad sobre la duración del

tan citado período de prueba; pero discrepo por completo y sin salvedad alguna sobre el sentido de dicho juicio, que, en mi opinión, debió de ser estimatorio. Y debió de serlo, por cuanto la regla jurídica impugnada, como con detenimiento argumentaré, no logra superar el canon de proporcionalidad.

Ciertamente, a diferencia de lo que sostuve en el apartado II del presente voto particular, al referirme a la negociación colectiva, no censuro esa aproximación de la Sentencia mayoritaria, que parte, como se advierte, de una colisión conflictiva entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa (arts. 35.1 y 38 CE); colisión que en esta ocasión considero posible y que resultaría ser el fundamento del juego del canon de proporcionalidad que opera en la ponderación de esos derechos e intereses en conflicto. En efecto, como sostuve en aquel momento, existen sentencias de este Tribunal en materia laboral que vinculan el art. 38 CE y los poderes empresariales, y es lo cierto que en un régimen como el cuestionado en este recurso, en lo relativo al periodo de prueba de un año, dichos poderes pueden resultar comprendidos y comprometidos en la norma impugnada, pues no deja de regularse en el contrato analizado, en particular con ocasión de la duración del periodo de prueba que se impugna, una excepción al régimen jurídico ordinario de resolución de la relación laboral (el régimen causal de extinción que resulta expresión del art. 35.1 CE). En efecto, como dijera nuestra STC 192/2003, de 27 de octubre, la facultad de despido se enmarcaría dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y conecta, por ello, con el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, más allá de que no pueda deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la obligada concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y el 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho.

La concurrencia conflictiva entre ambos derechos, de ese modo, toma cuerpo y significado en el juicio de constitucionalidad.

5. Nuestro ordenamiento contempla un supuesto que supone una excepción al régimen causal de extinción y, en cuanto tal, regulado de forma limitada, procurando que el sacrificio del derecho al trabajo frente a la libertad negocial del empresario no resulte desproporcionado. Este es el caso de la institución del periodo de prueba. A este supuesto me voy a referir seguidamente, abriendo, llegado el momento, un diálogo crítico con el juicio de constitucionalidad enunciado en la Sentencia de la mayoría.

La institución del periodo de prueba adquiere sentido de manera exclusiva en un sistema de extinción regido por el principio de causalidad, vinculándose así a la exigencia causal para el válido ejercicio por el empresario de su facultad extintiva unilateral. Dicho de otro modo, precisamente porque el empresario, una vez superado el periodo de prueba, ya no dispone de libertad para despedir salvo que concurra justa causa, resulta razonable que el legislador articule un período de tiempo, en los momentos iniciales tras la celebración del contrato de trabajo, a fin de comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado. Tal es y no otra la finalidad primera y esencial de la institución: consentir al empresario, en el supuesto de que el trabajador no haya superado satisfactoriamente la prueba, el desistir del contrato de trabajo sin necesidad de alegar justa causa ni de abonar resarcimiento económico alguno.

El período de prueba es, así pues, una institución pensada y diseñada sobre todo para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación, libertad ésta que, como se razonó, forma parte del conjunto de facultades que engloba el contenido no esencial de la libertad de empresa. Ahora bien, en la medida en que el periodo de prueba es una excepción a la aplicación del principio de causalidad (STS de 20 de julio de 2011 <FD 2º>), y éste forma parte del derecho al trabajo, su ordenación jurídica no admite excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38 CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

Cuáles son las funciones que cumple el período de prueba en el ámbito contractual no es interrogante que actualmente suscite polémica alguna; ni en la doctrina científica ni en la jurisprudencia ordinaria. Como razonara hace ya bastantes años una de las más autorizadas voces del laboralismo español (el profesor, luego magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde), el examen de las funciones del período de prueba ha de abordarse a partir de una básica clasificación entre funciones manifiestas, funciones latentes y disfunciones. Esas primeras, entre las que es dable aún distinguir entre funciones básicas y secundarias, son las que traducen la finalidad tipificadora de la institución, explicando y desarrollando su fundamento; estas segundas son las que se realizan de hecho, aunque no hayan sido previstas de manera explícita. Centrando la atención en el primer grupo, la función manifiesta o típica principal del período de prueba no es otra que la de permitir al empresario la verificación de las aptitudes, habilidades y capacitaciones del trabajador a través de la experimentación de la relación del

trabajo. De su lado, las funciones manifiestas secundarias se identifican con la oportunidad que se concede al empresario, durante este período de tiempo, de complementar determinadas actividades formativas del trabajador así como la que se pone a disposición de ambas partes de ir definiendo el contenido de la relación laboral. Las funciones latentes son la eliminación de contratos defectuosos y la agilización de la contratación laboral. Las disfunciones o utilidades desviadas del periodo de prueba son el control político y personal de los trabajadores de nuevo ingreso, el fraude a la prohibición del despido *ad nutum* y la elusión de la causalidad en los contratos de trabajo temporal; todas ellas, pues, tienen fines manifiestamente ilegítimos, siendo adicionalmente lesivas de derechos constitucionales (arts. 16, 18.1 y 35.1 CE).

El art. 14 del ET, tanto en su versión originaria, la de 1980, como en la vigente, introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ha respondido y responde a estas exigencias. En esa dirección, el régimen jurídico del período de prueba exceptúa los “derechos de la resolución de la relación laboral” (el régimen causal de extinción) “que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso” (art. 14.2 ET). No obstante ello, este mismo pasaje legal establece una duración máxima, vinculada a la formación del trabajador que suscribe un pacto de prueba, de seis meses para los técnicos titulados, y de dos meses para los demás trabajadores. Dicha duración, tras la reforma de 1994, resulta dispositiva para la negociación colectiva, a la que se faculta para pactar duraciones distintas a las legalmente señaladas, en correspondencia – ha de presumirse - a las singularidades y necesidades de cada sector productivo o de cada empresa. Con todo, esta disponibilidad no resulta aplicable en un concreto supuesto, en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, en las que el periodo de prueba de los trabajadores no titulados no podrá exceder de tres meses (art. 14.1, segundo párrafo, ET).

Como se desprende de la regulación transcrita, el límite temporal es decisivo para el logro de una adecuada configuración legal del periodo de prueba que garantice el constitucionalmente exigible equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores. Al formar parte el principio de causalidad del contenido esencial del derecho al trabajo *ex* art. 35.1 CE, la limitación temporal del período de prueba confiere a la suspensión de dicho principio un carácter transitorio, asegurando su activación una vez transcurrido ese plazo. En tal sentido, no estará de más recordar que el Convenio 158 de la OIT autoriza a los Estados a “exceptuar” el régimen causal durante el periodo de prueba “siempre que la duración se haya fijado de antemano y sea razonable” (art.2.2 b). El Convenio se constituye así en un canon interpretativo insoslayable.

En relación con ello puede resultar de interés destacar que la jurisprudencia ordinaria no ha dudado en calificar como abusivas y, por tanto, nulas las cláusulas de los convenios colectivos que instituyen periodos de prueba desproporcionados y excesivos, como sucede con el de un año (SSTS de 12 de noviembre de 2007 y 20 de julio de 2011).

6. El juicio de constitucionalidad no se dirige, sin embargo, a la regulación clásica del art. 14 ET, sino que se centra en la regulación del periodo de prueba que incorpora la Ley 3/2012 en el novedoso “contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores”. Es el art. 4.3 de esta disposición legal el precepto que contiene dicha regulación, que reza del tenor literal siguiente:

“El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un período de prueba cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”.

Una lectura meramente literal del pasaje legal transcrito evidencia que ha introducido, al fijar las reglas del período de prueba en la mencionada modalidad contractual, una “excepción” a la “excepción” que supone el art.14 del ET para el principio de causalidad, que como hemos dicho entronca directamente con el contenido esencial del art. 35.1 CE. El nuevo régimen, debido a la falta de razonabilidad de su duración, no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad, particularmente si atendemos a los requisitos exigidos para poder ser una excepción admitida por el Convenio de la OIT (art. 10.2 CE).

a) Conforme recuerda la Sentencia de la mayoría, evocando una jurisprudencia constitucional que data de la época fundacional de este Tribunal, el derecho al trabajo *ex* art. 35.1 CE, como cualquier otro derecho constitucional, no tiene carácter absoluto, pudiendo quedar sujeto a limitaciones que habrán de reputarse conformes a la Constitución en la medida en que superen el canon de constitucionalidad. En concreto y en el decir de la Sentencia de la mayoría, el juicio sobre la corrección constitucional de la duración de un año del período de prueba del CAE exige la superación de un doble test: su finalidad legítima, identificada en la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionales, y su carácter razonable y proporcional.

Sin embargo, y aunque ya admití que en este caso puede sostenerse una colisión de derechos que justifique la consideración de dicho canon de proporcionalidad, los juicios de constitucionalidad de la Sentencia se fundamentan y sostienen en simples criterios de legalidad ordinaria.

A lo largo del extenso apar. e) del FJ 3.A, la Sentencia de la que disiento suministra las razones que, a su entender, ofrecen una finalidad legítima a la medida legislativa consistente en la extensión a un año de la duración del período de prueba del CAE. En tal sentido y por lo pronto, el párrafo primero, con un alcance introductorio, se ocupa de describir los rasgos típicos del mencionado contrato, prestando una especial atención a la limitación de su ámbito subjetivo, “desde la perspectiva empresarial”, pues afecta solo a las empresas con censo inferior a cincuenta trabajadores, dato limitativo éste, por cierto, procedente del preámbulo de la ley impugnada y del que la sentencia se hace eco. Es a partir del párrafo segundo, pues, cuando la Sentencia de la mayoría identifica las cuatro razones que, a su parecer, dotan de contenido sustantivo al canon constitucional de justificación objetiva.

Enunciadas de manera sintética, tales razones son: 1) el carácter coyuntural del CAE, cuya vigencia se vincula a la existencia de una tasa de desempleo “por debajo del 15 por ciento” (párrafo segundo, FJ 3 A.e); 2) la semejanza entre la medida a examen con otras “medidas de actuación sobre la duración del contrato de trabajo que, a lo largo del tiempo, ha venido ensayando el legislador como instrumento de apoyo a la creación de empleo”, instrumentadas, todas ellas, con amparo en las previsiones establecidas en el art. 17.3 ET (párrafo tercero, FJ 3 A.e); 3) el establecimiento de una serie de beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social en favor de los empresarios a fin de hacer “atractiva a las empresas la contratación” mediante la figura del CAE (primer inciso, párrafo cuarto FJ 3 A.e) y 4) la consideración de la duración del período de prueba como “un instrumento adicional de creación de empleo” (inciso segundo, párrafo cuarto FJ 3 A.e) o, lo que es igual, como un mecanismo destinado “a facilitar y promover decisiones de creación de empleo de pequeñas y medianas empresas reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial” (párrafo quinto, FJ 3 A.e).

b) Una inteligencia meramente gramatical de las tres primeras razones que presuntamente vendrían a dotar, desde una perspectiva constitucional, de justificación objetiva a la limitación introducida al derecho constitucional *ex* art. 35.1 CE por el art. 4.3 de la ley impugnada evidencia, sin necesidad de extensas argumentaciones, su manifiesta inadecuación.

Desde luego, el carácter coyuntural del CAE no constituye en modo alguno un parámetro de constitucionalidad, como tampoco puede atribuirse esa condición ni al juicio comparativo de dicha medida con otras igualmente utilizadas en épocas pasadas por el legislador ordinario ni al reconocimiento en favor de los empresarios que concierten un CAE de diferentes beneficios, fiscales y de seguridad social. Estas motivaciones pueden traducir la oportunidad política de la introducción en nuestro sistema de relaciones laborales de la figura del CAE. Pero no solo carecen de toda consistencia constitucional, pues transitan por un terreno de nuda y dura legalidad ordinaria; además de ello y adicionalmente, instalan el foco de enjuiciamiento no en la regulación aquí impugnada – la duración de un año del período de prueba de CAE –, sino, y ello constituye una objeción en modo alguno menor, en el contrato de trabajo en el que se inserta el período de prueba.

c) La única motivación que pudiera tener una proyección constitucional sería la última de las citadas, a la que la sentencia vincula con el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 40.1 CE de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo. Es éste, sin embargo y en mi opinión, un alegato que carece de la menor consistencia constitucional y legal. En primer lugar y en lo que concierne al primer aspecto, hago mías y me apropio de la idea expresada por la ya citada Sala de lo Social de la Corte francesa de Casación en la sentencia de 1 de julio de 2008. Dijo en esa ocasión el Alto Tribunal del país vecino que, en la lucha contra el paro o, por formular la idea en términos constitucionales próximos, en la adopción de las políticas públicas enderezadas a facilitar la creación de empleo, la protección de los trabajadores debiera resultar un medio, como mínimo, tan pertinente como las facilidades dadas a los empresarios para despedirlos, concluyendo que resulta paradójico animar la contratación mediante el fácil expediente, que es precisamente lo que persigue la extensión a un año de la duración del período de prueba, de facilitar la extinción de los contratos. En suma, no deja de ser sorprendente, expresado este juicio en términos de consistencia argumentativa, que en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas una de las primeras garantías que debe reconocerse, en un Estado social y democrático de Derecho, a los trabajadores: el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario.

Pero además de privado de la obligada consistencia constitucional, el argumento a examen alegado por la Sentencia de la mayoría también carece de consistencia legal; al menos,

por la siguiente razón. El reseñado argumento, en efecto, pretende integrar en un todo realidades que no es dable mezclar, exportando al ámbito del período de prueba y de su duración la finalidad que el legislador ha asignado al CAE de promover la creación de empleo estable. Es ésta, en efecto, una finalidad legalmente legítima, pero predicable única y exclusivamente del contrato y en modo alguno de la duración de su período de prueba. Una opinión contraria comportaría desnaturalizar de raíz las funciones manifiestas, principales y secundarias, de la institución del período de prueba, confiriendo a ésta un objetivo que le resulta sustancialmente ajeno. El CAE podrá o no facilitar la creación de empleo; pero, aun cuando la respuesta fuera afirmativa – lo que, por cierto, ya ha sido desmentido por los datos estadísticos existentes sobre el particular, que sitúan en un porcentaje no superior al 0,8 por ciento la contribución de este singular contrato al total de contratos de trabajo celebrados anualmente en España - , la ampliación de la duración del período de prueba en un año es una opción de política legislativa que en nada incide en la decisión final adoptada por el empresario. Las finalidades económicas perseguidas por las políticas de contratación laboral nada tienen que ver con las funciones del período de prueba, moviéndose una y otra en ámbitos que es dable calificar no solo como no superpuestos sino, ni tan siquiera, como tangentes.

Como ya se ha razonado y ahora se repite, la función manifiesta principal del período de prueba consiste en facilitar la comprobación de las aptitudes profesionales del trabajador al puesto de trabajo, sin que pueda compartirse en modo alguno la tesis defendida por el Abogado del Estado, y hecha suya por la Sentencia de la mayoría, de que la ampliación de la duración del período de prueba también cumple la función de verificar la sostenibilidad y viabilidad económica del puesto de trabajo. Para poder atribuir a esta tesis el menor viso de verosimilitud legal, el legislador tendría que haber regulado el CAE en unos términos bien diferentes a como lo ha hecho; en concreto, tendría que haber condicionado la celebración de cada singular contrato de esta nueva modalidad contractual a la creación de un nuevo puesto de trabajo. Pero éste es un requisito que en absoluto se contiene en el régimen jurídico del CAE, a cuyo amparo se pueden contratar trabajadores para el desempeño de puestos de trabajo tanto ya existentes en la empresa como nuevos.

7. Desde una perspectiva constitucional, el argumento que se viene de manifestar, acerca del déficit de consistencia constitucional del canon de justificación objetiva (finalidad legítima) de la medida restrictiva del derecho al trabajo introducida por el art. 4.3 de la Ley 3/2012, aun no siendo de tono menor, no alcanza la envergadura que idéntico déficit tiene en relación con el

segundo de los cánones que, en el decir de la Sentencia de la mayoría, fundamenta la desestimación del reproche de inconstitucionalidad vertido sobre ese mismo precepto. Me refiero, como ya se ha podido deducir, a la ausencia de la menor valoración constitucional en el juicio de proporcionalidad, que opera por la concurrencia de derechos que anteriormente enunciaba.

Un superficial cotejo entre los juicios de finalidad legítima y de razonabilidad formulados en los apartados e) y f) del FJ 3 A de la Sentencia de mi disenso evidencia, sin sombra de incertidumbre, una notable similitud o, por mejor enunciar la idea con mayor rigor, una indiscutible identidad: las cuatro razones que vendrían a ofrecer justificación objetiva a la medida limitativa del derecho al trabajo coinciden y son las mismas que confieren ahora y también razonabilidad a dicha medida, por lo que basta con la remisión a lo que expuse.

No me resisto a calificar de insólita la elaboración de un juicio de proporcionalidad en el que no es dable apreciar el más leve contraste entre dos derechos constitucionales en conflicto; o, lo que es igual, en donde la labor de confrontación versa única y exclusivamente sobre consideraciones extraídas de la regulación legal.

8. Descartada pues toda posibilidad de abrir un diálogo divergente con la Sentencia de la mayoría formulado en clave constitucional, para clausurar esta parte final de mi Voto Particular someteré el precepto impugnado a un juicio de constitucionalidad, elaborado éste con apoyo en las tres manifestaciones del test de proporcionalidad en sentido amplio; esto es, en los cánones de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto.

a) El primero de los cánones enunciado, también denominado principio de “idoneidad” o de “utilidad”, se construye sobre la relación medios/fin, apreciable en un sentido no axiológico sino técnico-jurídico. Por tanto, un medio, cual es la limitación de un derecho fundamental, será adecuado siempre que facilite y sea útil para la consecución de un fin perseguido. Con carácter previo a la tarea de verificar si en relación con el precepto impugnado concurre o no el canon de adecuación, es preciso identificar los dos términos que componen el par que se sujeta a este criterio relacional. En concreto, la delimitación del primer componente del citado par, el “medio”, no es interrogante que se preste a discusión; éste es la exigencia de causalidad en las decisiones del empresario de dar por finalizados los contratos de trabajo, entendida dicha exigencia.

Mayores problemas suscita la determinación del segundo elemento de aquél par, no resultando empeño fácil reconocer cuál es el concreto fin al que sirve la limitación del principio de causalidad. Por las razones ya expuestas, esa condición no consiste, como equívocamente pretende el Abogado del Estado y acepta la Sentencia de la mayoría, ni en favorecer “la contratación de trabajadores desempleados” ni en asegurar “la viabilidad y sostenibilidad económica del puesto de trabajo”. Tampoco, y en mi opinión, podría asignarse esta dimensión teleológica, como igualmente ha sido insinuado más que fundamentado, “a la creación de empleo estable”. Una hipótesis semejante tendría el efecto inmediato de instalar el juicio de adecuación en un escenario de imposible solución, ya que el objetivo de crear empleo estable nunca podría encauzarse instituyendo limitaciones en un principio que, como el de causalidad, también tiende al logro de ese mismo objetivo.

Lo anterior razonado, la exposición de motivos de la Ley 3/2012 ofrece alguna pista con vistas a identificar el fin perseguido con la restricción que al derecho al trabajo impone la ampliación a un año de la duración del período de prueba. Refiriéndose al CAE, afirma el preámbulo de la citada norma legal que “la reforma laboral facilita la contratación de trabajadores por parte de estas empresas que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país” (párrafo cuarto, apar. III). Una inteligencia meramente literal del texto transcrito evidencia las notables diferencias que corren entre el fin explícitamente confesado por el legislador y los fines anteriormente mencionados y descartados. El objetivo buscado ni es la creación de empleo, estable o inestable, ni tampoco la contratación de trabajadores desempleados; ese atributo corresponde, más sencillamente, a la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas, que son las que representan el 99,23 % de nuestro tejido empresarial.

Así resuelto el interrogante enunciado, entiendo que la medida limitativa del principio de causalidad supera el test de idoneidad, siendo 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, al menos en un juicio abstracto de constitucionalidad, más allá de los datos estadísticos concretos que señalé.

b) El segundo de los principios que forman parte del test de proporcionalidad es el canon de necesidad o de indispensabilidad, dotado de una intensa dimensión relacional. La limitación de un derecho fundamental será necesaria cuando se haya elegido, de entre las posibles medidas limitativas, aquella que resulte menos gravosa o más moderada. O como gusta decir a la

jurisprudencia constitucional alemana, el legislador está obligado “a la elección del medio más benigno”.

A mi juicio, un correcto punto de partida para la comprobación de la concurrencia o no del principio de necesidad lo brinda la comparación entre las reglas que regulan el régimen común predicable de la duración del período de prueba, en su condición de excepción al juego aplicativo del principio constitucional de causalidad (art. 35.1 CE), y las que reglamentan esa misma duración en el CAE.

Como ya se ha tenido oportunidad de hacer constar, en el supuesto de que, con ocasión de la celebración del CAE, las partes convengan en formalizar un pacto de prueba, la duración del período de idéntica denominación que han de convenir, “en todo caso”, es de un año, no consintiendo el precepto impugnado una alteración de esta duración por vía pactada, provenga de actos de autonomía individual o de autonomía colectiva. Este régimen contrasta abiertamente con el del régimen común, en el que la dicha duración, en razón precisamente a la función manifiesta principal asumida por el tan citado período de prueba, varía en atención a la formación profesional de origen ostentada por el trabajador, siendo de seis meses para los titulados superiores y de dos para el resto de trabajadores, permitiéndose la modificación por pactos individuales o convenios colectivos de esa duración en un sentido bilateral (de reducción o de ampliación) sin otras salvedades, de un lado, que la que procede del juego de los principios generales del sistema jurídico (abuso de derecho) y, de otro, que se trate de empresas con un censo laboral inferior a veinticinco trabajadores, en cuyo caso la duración para quienes no sean técnicos titulados no podrá ser superior a tres meses.

Desde la perspectiva metodológica anunciada, la restricción introducida en el principio de causalidad por el art. 4.3 de la Ley 3/2012 no puede en modo alguno calificarse como la medida más ligera o menos severa, formulado este juicio, claro está, en términos de afectación comparativa del principio de causalidad en una y otra regulación. Sin perjuicio de lo que se razonará en breve, al abordar el tercero de los cánones del test de proporcionalidad en sentido amplio, la naturaleza de regla de derecho necesario absoluto atribuida a la duración impide que las partes hagan un “uso racional” del período de prueba. La formulación legal sólo admite dos posibilidades: o no se pacta periodo de prueba (posibilidad ciertamente poco verosímil en la realidad) o, en caso de formalizarse un pacto de prueba, la duración ha de prolongarse con carácter imperativo - “en todo caso”, en el lenguaje del precepto a examen – a lo largo de un año. La sustracción a las partes que conciertan el CAE de todo margen de libertad de adecuación de la duración del período de prueba a las singulares aptitudes del trabajador así como, y en

atención a ellas, a las características funcionales del puesto de trabajo, priva a la medida limitativa del derecho al trabajo de la exigible racionalidad, instalándola en un escenario aplicativo innecesariamente gravoso. Pero más aún; a resultas de la igualación de la duración para todos los grupos de trabajadores, sin diferenciación ni distinción entre ellos, el carácter gravoso de la medida se acentúa para los colectivos más necesitados, precisamente, de la protección en la estabilidad en el empleo que ofrece el principio de causalidad. Por apoyar el anterior juicio con la ayuda de un ejemplo banal, bien que real: mientras que la duración del período de prueba, para el supuesto de un ingeniero de caminos, canales y puertos contratado a través de un CAE por una empresa de la construcción, representa el doble de la fijada en el régimen común de la contratación, esa duración, para un peón de la construcción que haya sido contratado bajo la misma modalidad contractual por la misma empresa, es cinco veces superior. O por expresar esta misma idea desde la perspectiva que aquí importa: para los grupos profesionales dotados de mayor fuerza contractual, la medida limitativa del derecho del trabajo retrasa la aplicación del principio de causalidad seis meses; en cambio y para los de menor fuerza contractual y más necesitados, por tanto, de acciones legislativas de carácter tuitivo, el disfrute del citado principio se pospone diez meses.

c) En principio de proporcionalidad en sentido estricto implica, por último, un juicio valorativo entre el sacrificio que la limitación depara y la relevancia de los bienes, derechos e intereses que se pretenden con ella proteger. La limitación operada en el derecho fundamental ha de resultar, así pues, razonable y proporcionada; o, en otros términos, debe concurrir un equilibrio y ponderación entre las ventajas y los perjuicios ocasionados por la medida restrictiva, apreciadas aquellas desde la perspectiva de la salvaguarda de los derechos, bienes e intereses constitucionales a los que sirve la limitación misma y examinados estos otros, los perjuicios, desde la vertiente del derecho constitucional cuyo contenido experimenta una restricción.

Como acontece con el juicio de adecuación, tampoco aquí resulta tarea fácil identificar los derechos, bienes o intereses constitucionales que pueden ser invocados como beneficiarios de la medida de restricción al derecho al trabajo, interviniendo, por tanto, desde el lado activo del juicio de proporcionalidad.

a) Con una evidente reiteración (párrafo tercero, FJ 3 A.c, último párrafo, FJ 3 A.e y último párrafo, FJ 3 A.f), la Sentencia de la mayoría considera, por lo pronto, que la restricción impuesta al derecho del trabajo por obra del art. 4.3 de la norma legal parcialmente impugnada

ha de ser contrastada con el mandato dirigido a los poderes públicos de adoptar políticas orientadas al pleno empleo (art. 40.1), que, con criterios de normalidad jurídica, se configura constitucionalmente como un principio rector de la política económica y social, no formando automáticamente parte, como sugiere equívocamente esa Sentencia con amparo en la doctrina sentada en la STC 22/1981, de 2 de julio, del derecho al trabajo *ex* art. 35.1 CE.

Precisamente por la naturaleza del art. 40.1 CE, el juicio de proporcionalidad en el caso a examen no se plantea entre dos derechos constitucionales sino, y ello no es un tema de tono menor, entre un derecho constitucional, consagrado en el art. 35.1 CE, y un interés de raíz igualmente constitucional, consistente en el deber de los poderes públicos de promover acciones enderezadas a lograr de manera tendencial el pleno empleo o, formulada la misma idea desde un enfoque complementario, a reducir los niveles de desempleo. En este sentido, vale la pena recordar el papel que suele otorgar nuestra doctrina a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución cuando confluyen con derechos fundamentales. La idea, que nace hace una década, y que no pretendo enunciar como excluyente de otros escenarios, tiende a contemplar tales principios rectores como elementos de refuerzo más que de limitación de los derechos fundamentales (así lo recoge recientemente la STC 208/2013, FJ 5).

Lo anterior recordado, hay que añadir que la medida controvertida tampoco encontraría fundamento en el art. 40.1 CE. En primer lugar, la genérica atribución a cualquier medida tendente, más en un sentido hipotético que real, a reducir la tasa de paro en España comportaría, lisa y llanamente, reconocer a los poderes públicos, en general, y al legislador, en particular, un pasaporte para paralizar, bloquear y, en última instancia, invalidar el ejercicio de la mayor parte de los derechos laborales constitucionales de matriz individual. Máxime en un país como España en el que, conforme se evidencia lamentablemente a lo largo de la ya dilatada vigencia del período constitucional, las recesiones económicas han venido sistemáticamente acompañadas de un acelerado proceso de destrucción de empleo, con el subsiguiente ascenso de las tasas de paro. En suma, la calificación de una concreta medida como medida de promoción del empleo no puede valorarse a la luz de las concretas y singulares opciones de política económica sino, y ello es bien diferente, en atención a las consecuencias que, sobre el ejercicio de derechos constitucionales, el derecho al trabajo, dicha medida llevaría aparejada.

En segundo lugar, la elaboración de un modelo aplicativo de carácter ordinario o estandarizado de la regla enunciada en el art. 4.3 de la Ley 3/2012 a la experiencia del mercado español de trabajo evidenciaría sin esfuerzo alguno que dicha duración, en lugar de actuar como aliciente para la creación de empleo, puede terminar por convertirse en un incentivo para la

rotación del empleo. En otras palabras, un período de prueba tan dilatado en el tiempo constituye una abierta invitación a que los empresarios desistan de los contratos celebrados antes de la terminación del período de prueba, reponiendo a segundos trabajadores en los mismos puestos de trabajo, de cuyos contratos nuevamente se desistirá... y así sucesivamente, sin que, por lo demás y por cierto, estos desistimientos se computen a los efectos previstos en el art. 14.6 de la Ley 3/2012, que establecen determinados límites en la utilización de esta concreta modalidad contractual. Como ya he tenido oportunidad de recordar, la sentencia de 1 de julio de 2008 de la *Cour de Cassation* francesa diría, con todo acierto, a mi juicio, que en un Estado social y democrático de Derecho - como es el caso español - resulta cuando menos paradójico que el legislador nacional pretenda promover el empleo incentivando las extinciones contractuales sin causa ni compensación económica, por reducida que sea.

Finalmente, conviene recordar que la regulación instituida por el art. 4.3 de la Ley 3/2012 afecta a un concreto tipo de empresa: el que cuente con un censo laboral inferior a cincuenta trabajadores (art. 4.1 Ley 3/2012). Es este un límite que tampoco ofrece el menor apoyo, como pretende la Sentencia de la mayoría, para defender la razonabilidad de la medida restrictiva del derecho al trabajo y, por consiguiente, amparar la excepción a la excepción (esto es, la excepción al art. 14 ET, que es a su vez una excepción al principio de causalidad), pues tales empresas representan el 99,23 por 100 de todo el tejido empresarial español, conforme confiesa la propia Exposición de Motivos de la norma legal (párrafo cuarto, apartado III). Más aún, no puede dejar de mencionarse la abierta contradicción entre el tratamiento que a las pequeñas empresas hacen, de un lado, el art. 14 ET y, de otro, el pasaje legal aquí impugnado: se intenta fundamentar la ampliación del período de prueba en el dato de que su mayor duración afecta a empresas que, encuadradas en esa misma categoría, al menos en parte, tienen, por obra de lo prevenido en la legislación laboral común, una notable limitación a la baja en la duración de los períodos de prueba. La obligada conclusión que puede deducirse de esta diversidad de tratamiento es evidente: dado que la experiencia contractual española muestra sin sombras de incertidumbre que la duración del período de prueba que se concierta en contratos de trabajo cuya celebración se reserva a empresas de censo laboral reducido carece de toda incidencia a los efectos de promover políticas de empleo, la ampliación de dicha duración no puede en modo alguno calificarse como una medida que, a la luz del art. 40.1 CE, pueda reputarse razonable y proporcionada.

b) La Sentencia de la que ahora discrepo formula, al menos en apariencia, un segundo contraste, referido ahora a la libertad de empresa (38 CE). Sin embargo, por razones derivadas tanto de su ubicación sistemática (párrafo segundo, FJ 3 A.c) como, sobre todo, de su contenido argumental, las referencias a este derecho constitucional no van acompañadas del menor argumento que permita entender que es este derecho el que, finalmente, puede inclinar la balanza del juicio de proporcionalidad en su favor y, por consiguiente, en desfavor del derecho al trabajo. Más aún, los comentarios que a este propósito se efectúan se encaminan en una dirección inicialmente contraria, ya que, con todo acierto, se señala que, desde una perspectiva general, el pacto de prueba “se configura como una excepción al carácter causal que el ordenamiento legal, también como regla general, exige a la extinciones contractuales a iniciativa empresarial”, trayéndose a colación a renglón seguido, y como argumento de refuerzo de la anterior idea, la previsión enunciada en el art. 2.2 del citado Convenio 158 de la OIT. Por este lado, la Sentencia de la mayoría rehúye analizar si las ventajas que para al empresario ofrece la ampliación a un año, “en todo caso”, de la duración del período de prueba se sitúan en una posición de equilibrio con los sacrificios que esa ampliación reporta a los trabajadores.

A mi juicio, la única respuesta constitucionalmente fundada es la negativa. Como ya he tenido oportunidad de hacer constar, la medida constrictiva del principio de causalidad permite a los empresarios el retrasar la aplicación del conjunto de garantías constitucionales que dicho principio activa, señaladamente las dos siguientes: la prohibición del ejercicio del desistimiento o despido *ad nutum* y la percepción, en caso de despido sin justa causa, del oportuno resarcimiento indemnizatorio. Pero, adicionalmente, la suspensión aplicativa de este principio, de vigencia medular en la construcción y vigencia de un Estado social y democrático de Derecho, aumenta durante unos plazos que en modo alguno pueden calificarse como menores, ya que pueden superar seis veces el tiempo legalmente establecido (al margen de la regla modificativa de dicho plazo, que pudiera contenerse en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo). Si tal es, y no otro, el juego de sacrificios y perjuicios apreciable en el precepto impugnado, el obligado juicio de proporcionalidad que el mismo arroja no puede estimarse en modo alguno equilibrado. Los beneficios para el empresario se reducen a una variable estrictamente económica; esto es, el 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 con pacto de prueba, el perjuicio derivado de la ampliación del período de prueba no solo se reduce a una dimensión económica, cuantificable en la pérdida de la eventual indemnización; la principal desventaja reside en la privación del primero y más relevante de sus derechos laborales individuales: la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa.

9. De las anteriores argumentaciones, puede afirmarse con sólida fundamentación que el periodo de prueba de duración anual, “en todo caso”, que se prevé en el nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, se encuentra huérfano de los atributos del canon de proporcionalidad.

En la medida en que la duración del periodo de prueba del CAE no cumple con esas elementales exigencias para justificar la limitación fundada en el art. 38 CE, el legislador, lejos de conciliar los intereses de las partes de la nueva modalidad de contrato de trabajo implantada por la Ley 3/2012, restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo *ex art. 35.1 CE*. En razón de ello, la regla a examen habría de haber sido tachada de inconstitucional y nula.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil catorce.